

DROIT PROSPECTIF

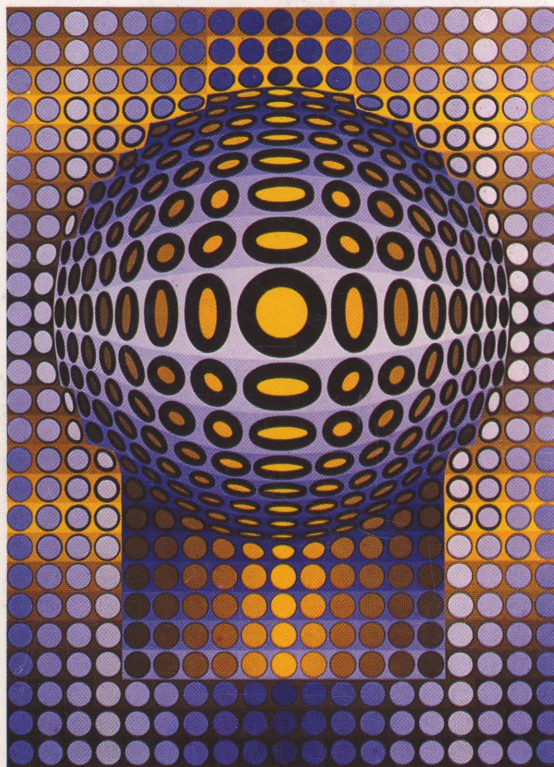


TABLE DES MATIÈRES

— Editorial

I - Droit constitutionnel

— Maurice ROY, La réforme des délégations parlementaires pour les Communautés européennes : la loi du 10 mai 1990.

— Yuko MOTOKI, Les problèmes constitutionnels de la succession du statut impérial au Japon.

Suite page 4 de couverture.



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

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

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

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

DROIT PROSPECTIF

1991-1

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

Abréviation de référence : R. R. J.

N. XVI - 44 (16ème année - 44e numéro)
(4 Numéros par an)

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

COMITÉ DE PATRONAGE

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

-.**

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

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

COMITÉ SCIENTIFIQUE

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

ÉQUIPE DE RÉDACTION

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

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

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1991

Abonnement de Soutien : 500 F
Abonnement (France) : 350 F

Abonnement étranger : 400 F
Numéro (France) : 100 F

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

LIBRAIRIE DE L'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

<i>ÉDITORIAL</i>	9
I - DROIT CONSTITUTIONNEL	
- Maurice ROY, La réforme des délégations parlementaires pour les communautés européennes : La loi du 10 mai 1990.....	13
- Yuko MOTEKI, Les problèmes constitutionnels de la succession du statut impérial au Japon.....	45
II - DROIT ÉCONOMIQUE	
- Jean-Yves CHEROT, Les évolutions du droit public économique.....	55
III - IDÉES POLITIQUES ET SCIENCE POLITIQUE	
- Christiane PEYRON-BONJAN, Jean-Jacques Rousseau et les contradictions du modèle théorique du contrat social.....	69
- Ali NEFZAOUI, Le Liban ou la faillite de la diplomatie occidentale en Méditerranée orientale.....	79
IV - DROIT ADMINISTRATIF COMPARÉ	
- Anthony MADELLA, Le régime juridique de la radio-télévision à Chypre.....	123
V - DROIT PÉNAL	
- Guillaume CHAMPY, De la fraude monétique à la fraude informatique.....	147
VI - ANTHROPOLOGIE JURIDIQUE	
- Jean-Louis HAROUEL, Jugement de valeur explicite ou jugement de valeur camouflé ?.....	171
- L'anthropologie juridique face au jugement de valeur - Dialogue entre N. ROULAND et J.-L. HAROUEL...	177

VII - VARIÉTÉS

- Marc BRUSCHI, **Droit et sciences occultes**
(1ère Partie)..... 185

VIII - ACTUALITÉS DOCTRINALES

- **Éthique et droit** par Chaïm PERELMAN
(Présentation par Alain SÉRIAUX) 265
- **Humanisme de la liberté et philosophie de la justice** par Jean-Marc TRIGEAUD
(Présentation par Alain SÉRIAUX) 268
- **Lettres inédites de juristes français du XIXème siècle conservées dans les archives et bibliothèques allemandes** publiées par Olivier MOTTE
(Présentation par Jean-Louis MESTRE) 271
- **Visperas del Leviatan Instituciones y poder politico** (Portugal, siglo XVII) par Antonio Manuel HESPANHA
(Présentation par Jean-Louis MESTRE) 277
- **Définir le droit** (Revue Droits, n° 10 et 11)
(Présentation par Emmanuel PUTMAN)..... 281
- **Introduction générale au droit**
par Monique CHEMILLIER-GENDREAU
(Présentation par Emmanuel PUTMAN)..... 284
- **Quel droit en Europe ? Quel droit pour l'Europe ?**
Colloque de Cannes 1989,
(Présentation par Jean-Claude RICCI) 286
- **Traité de droit administratif** par A. LAUBADÈRE (†),
J.-C. VENEZIA et Y. GAUDEMET
(Présentation par Jean-Claude RICCI) 287

ÉDITORIAL

SUR UN BICENTENAIRE

L'année 1990 a été l'occasion, pour les juristes et pour les magistrats, de célébrer la loi des 16-24 août 1790.

On sait que si, négativement, ce texte vénérable d'une monarchie qui ne se sait pas encore à l'agonie a consacré la prohibition adressée aux juges "ordinaires" de juger en matière administrative, il a eu, positivement, pour conséquence la création et le développement d'une justice administrative.

Célébrer le bicentenaire de cette loi c'est s'interroger sur le dualisme juridictionnel qu'elle institue : belle "toute-à-la-crème" de notre droit...

La *Revue française de droit administratif* a consacré un très important numéro à cet examen qui se veut autant inventaire que défense et illustration (R.F.D.A. 1990, n° de sept.-oct., pp. 687-898). Et l'*Actualité juridique, série droit administratif*, montre, de son côté, l'important développement de la justice administrative dans un pays, la Grande-Bretagne, et dans un système de droit, le système anglo-saxon, réputés rétifs sinon imperméables aux gracieusetés continentales en la matière (A.J.D.A., janvier 1991, pp. 3-12, sous la plume de M. P. Gérard).

Si cette dualité a fini par trouver une légitimité et une rationalité qu'elle n'avait pas à l'origine, et si le Conseil Constitutionnel en a fait une règle de valeur constitutionnelle, il reste que celle-ci soulève de difficiles problèmes pratiques.

Le nombre de décisions du Tribunal des conflits ne mesure pas, il s'en faut de beaucoup, l'âpreté des difficultés et l'angoisse métaphysique des plaideurs et de leurs conseils. Sans parler du caractère peu aisé d'un cours sur le sujet dans nos Universités.

Cette dualité demeure globalement souhaitable, surtout à l'heure où elle trouve une quantité croissante de schémas imitateurs, notamment en Europe (cf. n° précité de la R.F.D.A.). Toutefois, trop d'incertitude confinant au rodéo judiciaire et à la boule de cristal demeurent pour le justiciable à la recherche du juge qui voudra bien instruire son dossier.

L'intervention législative, que René Chapus avait jadis appelée de ses vœux, paraît bien souvent absolument nécessaire.

Le développement de la technique des "blocs de compétence" serait aussi une bonne chose.

Ensuite, le recours systématique au critère organique simplifierait la vie des justiciables : tout procès auquel est partie une personne publique devrait, de ce seul fait, relever du juge administratif car l'intérêt général y est toujours concerné.

Enfin, il faut savoir sacrifier la logique au bon sens : pourquoi l'assainissement relève-t-il du juge administratif, l'abonnement à l'eau potable du juge judiciaire et la distribution d'eau potable, sans contrat, du juge administratif ? Les exemples abondent où les raffinements logiques, en se croisant, s'entrecroisant et se recoupant, aboutissent à des constructions où le vertige paraît voisiner avec un certain réalisme.

Il faut en fin de compte, rappeler que lesdites règles ne sont faites que pour les justiciables, pour que leurs droits soient concrètement évalués et protégés.

La dualité des juridictions, tout à fait justifiée, ne trouve sa complète légitimité sociale que si le plus grand profit que l'on en tire compense largement les misères de la quête du "bon" juge, sinon elle est vouée à la mort. Bien souvent le citoyen peut douter du profit qu'il y a à l'existence de deux ordres de juridictions : les avocats hésitent sur la juridiction à saisir, les juges n'ont pas toujours une religion parfaitement établie quant à leur compétence pour connaître d'une affaire donnée, les contestations de compétence ne "remontent" pas toutes au juge d'appel ou de cassation, voire au tribunal des conflits, mais elles sont légion...

C'est pourquoi, il convient de simplifier au maximum la vie des justiciables pour une meilleure "visibilité" de la règle du dualisme juridictionnel.

J.-C. RICCI

R.R.J. 1991-1

Pages 11 à 52

- I -

DROIT CONSTITUTIONNEL

LA RÉFORME DES DÉLÉGATIONS PARLEMENTAIRES POUR LES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

LA LOI DU 10 MAI 1990

Par

Maurice-Pierre ROY
Université d'Aix-Marseille III

La loi du 10 mai 1990 vient modifier celle du 6 juillet 1979 instituant dans chacune des deux chambres du Parlement français une délégation parlementaire pour les communautés européennes. Ces délégations parlementaires ne sont ni des commissions permanentes, ni des commissions spéciales, ni des commissions d'enquête ou de contrôle, mais une création "sui generis" du droit parlementaire (1). Un bref rappel de leur genèse est au préalable nécessaire.

La création des délégations parlementaires pour les communautés européennes était intervenue dans un contexte politique marqué par la proximité de la première désignation de l'Assemblée des Communautés européennes au suffrage universel direct. Elle répondait à une double exigence :

- D'une part le nouveau mode d'élection de l'Assemblée risquait de distendre les relations réciproques entre les institutions européennes et le Parlement français dans la mesure où le double mandat national et européen n'était plus automatique même s'il demeurait toujours possible. Après le 10 juin 1979, des députés et des sénateurs français feront certes partie de l'Assemblée des Communautés, mais ils n'y siègeront qu'en petit nombre et ne représenteront pas obligatoirement la totalité des groupes politiques siégeant au Parlement français. Ce dernier ne pouvait donc accepter que soit tarie la seule source d'information directe, alors déjà insuffisante, sur l'ensemble des travaux en cours au niveau communautaire, alors

(1) Cf. P. Avril - J. Gicquel, *Droit parlementaire Montchrestien* Paris 1988, p. 85-87 et 236-238.

que le processus de construction européenne requérait une vigilance accrue de sa part. Il convenait dès lors de prévoir un mécanisme permettant de combler ce vide.

- D'autre part, nombre de parlementaires manifestaient à l'époque de la suspicion à l'égard de la future instance européenne élue. Ils craignaient que cette désignation au suffrage direct n'accentue la tendance des organes communautaires à intervenir, par des directives de plus en plus détaillées, dans les domaines de compétence des parlements nationaux (2) et exprimaient donc le désir d'établir une protection efficace du domaine des prérogatives du législateur national. La conjonction de ces deux éléments a conduit à la création - à l'instar des parlements d'autres États membres (3) - au sein de chaque assemblée d'un organisme spécialisé : la délégation parlementaire pour les communautés européennes. Le législateur allait retenir une conception restrictive - bien en retrait par rapport à la proposition de loi de M. Foyer (4) - qui fait des délégations de simples intermédiaires entre le gouvernement et les commissions permanentes, chargés de recueillir et de traiter les informations.

(2) L'auteur de la proposition de loi (N° 828 1978-1979), M. Foyer, qui devait devenir la loi du 6 juillet 1979, après avoir dénoncé dans l'exposé des motifs "la tendance croissante du Conseil et de la Commission des Communautés à légiférer dans des domaines qui sont de la compétence des parlements nationaux" émettait la crainte que "l'élection au suffrage universel de l'Assemblée des Communautés accentue encore cette tendance : plus que l'extension des pouvoirs de l'Assemblée, il est à craindre que la Commission, et dans une certaine mesure le Conseil, ne s'appuient sur l'Assemblée pour consolider politiquement leur propre pouvoir de réglementation. L'Assemblée des Communautés, élue au suffrage universel direct, pourrait ainsi moins apparaître comme l'instrument de contrôle démocratique des institutions communautaires que comme la caution de leur pouvoir".

(3) Tous les États de la C.E.E. - à l'exception de la Grèce et du Luxembourg - ont institué, sous une forme ou sous une autre, une instance spécialisée dans les affaires européennes au sein de leur Parlement. Grosso modo, on distingue deux catégories d'organes : dans certains pays (Royaume-Uni, R.F.A., Danemark, Italie - Pays-Bas) il s'agit de commissions permanentes ou de sous commissions de droit commun. Ailleurs, il s'agit d'une structure "ad hoc", ouverte aux parlementaires européens comme aux parlementaires nationaux (Belgique). Enfin en Espagne et en Irlande, l'instance spécialisée est commune aux deux chambres du Parlement national. Leurs compétences sont plus ou moins étendues selon l'organisation constitutionnelle de chaque pays ; et d'une manière générale, plus vastes que celles des délégations parlementaires françaises. Cf. J. Foyer "Le contrôle des parlements nationaux sur la fonction normative des institutions communautaires" - Revue du Marché Commun avril 1979, p. 161 - C. Krieg rapport à l'Assemblée Nationale n° 985 (1978-1979), p. 7 à 10 - G. Cottereau : "Les délégations parlementaires pour les communautés européennes" R.D.P. 1982, p. 356 - A. Lamassoure rapport à l'Assemblée Nationale n° 559 (1988-1989).

(4) Le dispositif de M. Foyer, très directement inspiré, dans sa rédaction, de la loi du 7 août 1974 qui avait créé une délégation parlementaire pour la radiodiffusion et la télévision, tendait à conférer aux délégations un droit de consultation obligatoire et un droit d'investigation sur pièces et sur place.

Aux termes de la loi du 6 juillet 1979 (5), chacune des délégations comprend dix huit membres désignés à la proportionnelle des groupes politiques. Leur mission est d'informer l'assemblée dont elles sont issues des activités communautaires (6). Pour l'accomplissement de cette mission, elles traitent les informations communiquées, en principe, par le Gouvernement, afin de soumettre des conclusions ponctuelles aux commissions parlementaires compétentes, et de présenter à leur assemblée respective un rapport semestriel d'information. La loi ne mentionne aucun droit d'audition des membres de gouvernement ou de personnalités européennes, ni a fortiori aucun pouvoir d'investigation.

Le dispositif retenu montre clairement qu'il y a eu volonté indéniable de cantonner les délégations parlementaires dans une simple mission d'information afin qu'elles ne portent pas atteinte aux prérogatives des commissions permanentes, ni ne fournissent des suggestions au Gouvernement. En bref, elles ne sont que de pâles imitations -pour ne pas dire des succédanés- des modèles étrangers.

Depuis leur institution en 1979, les deux délégations se sont efforcées de remplir cette mission d'information. Mais il est rapidement apparu, à l'expérience, que le danger résidait non pas dans le risque d'un débordement, en quelque sorte clandestin, du Parlement européen, mais dans le dynamisme normatif et officiel du tandem Commission - Conseil. Animés par des préoccupations convergentes à propos du rôle croissant du droit communautaire et de la nécessité d'améliorer l'information sur les travaux des communautés européennes et de prendre en compte la dimension européenne lors de l'élaboration des lois, les présidents des délégations parlementaires de l'Assemblée nationale et du Sénat ont souhaité l'adaptation de ces organes aux contraintes nées de l'accélération de la construction européenne, au moyen du vote par le parlement d'un texte de loi novateur et pragmatique. C'est ce qui a suscité le dépôt en décembre 1988 par le président de la délégation du Sénat, suivi en avril 1989 par celui de la délégation de l'Assemblée nationale d'une proposition de loi dont l'objectif principal est le renforcement de l'organisation et l'élargissement des compétences des délégations parlementaires pour les Communautés européennes (7).

(5) Loi du 6 juillet 1979 formellement insérée dans l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, dont elle constitue un article 6 bis.

(6) Le paragraphe IV Article 6 bis définit ainsi leur mission "informer leur assemblée respective des activités exercées, en application des traités du 18 avril 1951, du 25 mars 1957 et des textes subséquents, par les institutions des communautés européennes".

(7) Proposition de loi de M. Genton Sénat n° 115 (1988-1989) : proposition de loi de M. Josselin Assemblée Nationale n° 549 (1988-1989). Notons que le souci de renforcer les délégations parlementaires est l'objet d'un consensus ; en effet l'auteur de la proposition de loi au Sénat fait partie de l'opposition nationale (U.C.), et celui de la proposition de loi à l'Assemblée nationale appartient à la majorité nationale (P.S.).

Ce texte a, par la suite, affronté un long parcours parlementaire de 14 mois (8), marqué par deux phénomènes qui se situent exactement à l'opposé des prises de position de 1979, à savoir le soutien gouvernemental et les réticences du Sénat.

- Le soutien gouvernemental

En 1979, sous la poussée du gouvernement de R. Barre, épaulé par M. Couve de Murville -défendant avec ardeur la compétence de la Commission des affaires étrangères qu'il présidait- le texte définitif allait répondre à une conception restrictive qui faisait des délégations parlementaires de simples intermédiaires entre le Gouvernement et les Commissions (9). En 1990, le gouvernement de M. Rocard a apporté un soutien constant à la proposition de loi, qui s'est concrétisé de deux manières : d'une part, par l'affirmation répétée, à la tribune des chambres, de l'approbation gouvernementale. Citons, entre autres, Mme Cresson, ministre des affaires européennes : "cette proposition est une bonne initiative parlementaire" (10) et qui n'hésite d'ailleurs pas à "affirmer avec force la volonté du Gouvernement d'améliorer l'information du Parlement sur l'évolution des négociations européennes" (11). D'autre part en intervenant pour mener à bonne fin un débat parlementaire qui s'enlisait dans les navettes. Tout en refusant, par la voie de ses représentants, de se prononcer sur les divergences entre les deux chambres pour une question qui relève essentiellement de l'organisation des travaux parlementaires, le Gouvernement souhaitait qu'un compromis soit trouvé. Après trois lectures à l'Assemblée Nationale, à son initiative une commission mixte paritaire est convoquée en avril 1990. Le texte de compromis qui en est issu a finalement été adopté par les deux chambres.

- Les réticences du Sénat

En 1979, la majorité sénatoriale voyant dans le texte issu de l'Assemblée Nationale un catalyseur de l'information communautaire susceptible de faire connaître et accepter l'idée européenne, l'avait voté. En 1989-1990, on a assisté à une inversion des attitudes. Si les deux chambres ont témoigné de préoccupations convergentes à propos de l'opportunité de réviser la loi, le Sénat a manifesté une opposition de principe à l'extension des compétences des délégations, faisant valoir

(8) Le texte a nécessité de nombreux passages dans les chambres avant d'être adopté en 4^e lecture par l'Assemblée Nationale et en 3^e lecture par le Sénat. Alors qu'en 1979 l'élaboration de la loi n'avait duré qu'un mois et n'avait impliqué que deux lectures à l'Assemblée Nationale et une seule au Sénat.

(9) M. Couve de Murville était minimaliste et déclarait qu'«il ne s'agissait pas de créer une commission supplémentaire mais une délégation peu nombreuse, chargée en quelque sorte de recevoir les papiers et de les répartir entre les commissions compétentes...» ajoutant non sans ironie "... il s'agit de procéder à une sorte de dispatching".

(10) J.O. Débats A.N. séance du 11 avril 1990, p. 385.

(11) J.O. Débats A.N. séance du 16 mai 1990, p. 885.

que la rédaction proposée par l'Assemblée Nationale portait atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, à l'autonomie des assemblées, et aux prérogatives constitutionnelles des commissions permanentes, et menaçant de saisir le Conseil Constitutionnel (12).

Au terme de son examen, le texte finalement retenu par les deux chambres du Parlement, à l'unanimité sauf l'abstention des communistes, réduit sensiblement la portée de la réforme initialement envisagée (13).

Avant d'examiner la rénovation du statut des délégations parlementaires pour les communautés européennes (II), et de constater l'amplification mesurée de leurs compétences (III), il apparaît indispensable de mettre en évidence la nécessité de la réforme (I).

I - LA NÉCESSITÉ D'UNE RÉFORME DE LA LOI DE 1979

L'expérience d'une décennie a mis en lumière les insuffisances de ce dispositif d'information qui, en dépit des efforts des délégations, n'ont jamais pu être surmontées.

Par ailleurs l'Acte unique européen et l'échéance du 1er janvier 1993 ont entraîné une montée en puissance de l'activité normative des institutions communautaires, suscitant des inquiétudes renouvelées chez les parlementaires. Les deux facteurs ont motivé qu'une procédure d'ajustement de la loi de 1979 soit engagée.

1° UN BILAN PEU SATISFAISANT

Depuis leur création en 1979, les deux délégations se sont efforcées de remplir cette mission d'information des chambres sur les affaires communautaires. La loi a prévu qu'elles traitent les informations communiquées, en principe par le gouvernement, selon des modalités précises : un rapport semestriel d'information destiné à tous les membres de leur assemblée respective, des rapports sur des sujets particuliers, suivis ou non de conclusions, à destination des commissions permanentes, sans pour autant empiéter sur leurs compétences.

Dix ans après, en dépit d'une activité soutenue, on ne peut que souligner le relatif échec des délégations parlementaires.

Celles-ci ont, pourtant tenté, dans le cadre de la loi de 1979, de porter au maximum l'efficacité de leur mission. Il n'est pas inintéressant, à cet égard de citer quelques statistiques : depuis sa création, la délégation de l'Assemblée Nationale a tenu 187 séances, publié 281 rapports (14) et procédé à 50 auditions (15). Son

(12) Menace fréquemment évoquée par le Président de la Commission des Lois M. Larche J.O. Débats séance du 14 juin 1989, p. 1539, p. 1543.

(13) J.O. du 11 mai 1990 Loi n° 90-385 du 10 mai 1990 modifiant l'article 6 bis de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

(14) C. Josselin, J.O. Débats A.N. séance du 11 avril 1989, p. 103.

homologue du Sénat, quant à elle, s'est réunie 137 fois, a adopté 199 conclusions sur proposition de trente rapporteurs différents, et 17 rapports semestriels d'information (5000 pages) (16). On peut relever à la lecture de l'index thématique des conclusions des délégations, et à travers les rapports semestriels, que les délégations ont assuré au fil des années un véritable suivi des dossiers communautaires en traitant les domaines essentiels de l'activité des communautés : politique agricole, problèmes budgétaires, financiers, fiscaux, monétaires, politique industrielle, problèmes sociaux, juridiques, culturels... (17).

Les délégations se sont voulues les instruments de compréhension synthétique d'un processus communautaire que les commissions permanentes appréhendent généralement de façon circonstancielle (quand elles sont saisies d'une directive communautaire en vue de transposition dans le droit national, lors de la discussion du budget) et surtout partielle, dans les limites de leurs compétences respectives. En définitive, les conclusions et les rapports semestriels des délégations fournissent les analyses permettant aux commissions d'envisager globalement les affaires communautaires (il semblerait, par exemple, peu pertinent de porter des appréciations sur l'évolution des finances communautaires sans disposer d'une information précise et fiable sur la politique agricole commune).

Trois raisons semblent expliquer le relatif échec des délégations parlementaires :

- Les difficultés d'accès à l'information :

Les gouvernements successifs ont manifesté peu d'empressement à associer les délégations à la préparation des décisions communautaires. Il est regrettable que les dispositions de la

(15) Pour compléter, voire pour suppléer, l'information qui leur est transmise par le gouvernement et par les institutions communautaires, les délégations ont eu recours à de nombreuses auditions et rencontres.

- Aucun droit d'audition de membres du gouvernement ou de personnalités européennes n'est mentionné par la loi de 1979. Celle-ci dispose cependant que les délégations définissent leur règlement intérieur (non soumis au contrôle du Conseil Constitutionnel)... le règlement intérieur de la délégation du Sénat a ainsi pu prévoir la possibilité de procéder à des auditions ou d'établir des contacts avec les institutions communautaires.

- Les membres des délégations ont pris l'initiative de rencontres de travail avec les membres d'instances analogues des parlements des autres États membres de la C.E.E. C'est ainsi que les parlementaires nationaux chargés des affaires européennes dans dix pays de la C.E.E. (tous les pays de la Communauté, à la seule exception de la Grèce et du Luxembourg, ont institué, sous une forme ou sous une autre, une instance spécialisée dans les affaires européennes au sein de leur parlement) se sont réunis les 16 et 17 novembre 1989 à Paris. Ils ont décidé de se rencontrer désormais tous les six mois, dans le pays assurant la présidence tournante de la C.E.E. afin de confronter leurs expériences et d'échanger systématiquement les prises de position de leurs Assemblées sur les affaires européennes. Le Monde 21.11.1989.

(16) Sénat : Rapport n° 209 (1988-1989) de M. Paul Girod au nom de la Commission des lois, p. 9.

(17) C. Josselin, J.O. Débats A.N. séance du 11 avril 1989, p. 103.

loi du 6 juillet 1979 ne soient que très imparfaitement respectées (18) ; en dépit de nombreuses démarches engagées auprès des différents ministres chargés des affaires européennes, les dossiers établis par le Secrétariat Général du Gouvernement pour la coopération économique internationale (S.G.C.I.) sont le plus souvent loin de constituer une source d'information suffisante (19).

Le président de la délégation du Sénat, M. Genton fait ainsi observer que "la situation actuelle est insatisfaisante : le gouvernement s'est dans les faits, libéré de l'obligation de transmission d'information posée par la loi de 1979" (20). Les délégations ne reçoivent que très tardivement, des services de la communauté, sans intermédiaire du gouvernement, les projets de règlements et de directives ; ce qui ne leur permet pas d'exercer dans des conditions satisfaisantes leur mission d'information à l'égard de leur assemblée respective. Toutefois les délégations n'ont pas hésité à procéder, à l'instar des commissions, à des auditions qui leur permettent de compléter leurs informations.

C'est ainsi qu'elles ont entendu à plusieurs reprises des membres de la Commission, des présidents et des rapporteurs de commission du Parlement européen (21). Les ministres français, quant à eux, ont longtemps refusé de venir donner des explications devant les délégations ; il a fallu attendre 1984 pour que le ministre des Affaires européennes accepte de venir, une fois par an, devant les deux délégations réunies en commun. Et M. Nallet, ministre de l'agriculture, fut le premier des ministres techniques à être entendu par la délégation de l'Assemblée Nationale en février 1989 (22).

- Selon la loi de 1979, le rôle des délégations ne s'exerce qu'en amont des décisions communautaires ; il s'agit en effet, d'informer les assemblées sur les projets des institutions européennes

(18) La loi du 6 juillet 1979, stipulait : art. 6 bis IV «... le gouvernement leur communique dès réception tout document nécessaire établi par les différentes institutions des communautés européennes ainsi que tous renseignements utiles sur les négociations en cours» V «le gouvernement communique aux délégations parlementaires... les projets de directives et de règlements et autres actes communautaires portant sur des matières qui sont du domaine de la loi en vertu de la Constitution, avant leur examen pour adoption par le Conseil des Communautés européennes».

(19) Le président de la délégation du Sénat M. Genton déplorait ainsi : «au cours des dix dernières années les gouvernements n'ont pas pu ou pas voulu définir la nature des documents à communiquer et, partant, ne nous ont jamais adressé ceux qui auraient facilité nos travaux. C'est donc avec ses propres moyens de recherche que la délégation a rédigé ses rapports et ses conclusions» J.O. Débats Sénat séance du 27 avril 1989, p. 456. Son homologue à l'Assemblée Nationale, M. Josselin fait le même constat «il faut bien reconnaître que, quels que soient d'ailleurs les gouvernements qui se sont succédés, l'obligation qui leur était faite d'informer, à temps surtout, la délégation n'a pas toujours été, c'est le moins que l'on puisse dire, respectée», J.O. Débats A.N. séance du 11 avril 1989, p. 104.

(20) J. Genton Rapport d'information Sénat n° 441 (1988-1989), p. 34.

(21) Cf. J. Laporte, «Les délégations parlementaires» Administration juin 1983, p. 79.

(22) Le Monde 17-11-1989.

pour permettre au parlement de tenter d'infléchir leur politique. En revanche, elle ne prévoit pas leur intervention en aval, lors de l'examen des textes qui ont pour objet de transposer dans le droit interne les dispositions des directives, ni d'ailleurs à l'occasion de la discussion de projets ou de propositions de loi susceptibles d'avoir des conséquences sur le droit ou le fonctionnement de la Communauté.

- Enfin, l'importante activité de délégations n'a pas eu tout l'impact souhaitable auprès des parlementaires en raison du caractère trop confidentiel de leurs travaux. Le compte rendu des travaux des délégations n'est pas relaté d'une manière adéquate ; seuls les rapports semestriels sont publiés et diffusés sous forme de documents parlementaires. Cette confidentialité est telle que selon le député Catherine Lalumière, nombre de parlementaires ignoraient encore, en 1989, l'existence de ces délégations (23). M. Daillet fait un constat du même ordre : «en réalité l'immense majorité d'entre nous s'est surtout informée des réalités européennes par les médias» (24).

Il n'est donc pas étonnant que la connaissance qu'ont des affaires européennes la plupart des membres du Parlement reste dans bien des cas aléatoire, tardive et incomplète.

L'expérience a montré que les facultés d'infléchir vers les problèmes communautaires l'intérêt des commissions permanentes absorbées par le travail législatif interne étaient limitées. C'est cette carence, devenue préoccupante avec la relance communautaire qui a motivé, entre autres, la proposition de reformer les délégations pour les communautés européennes.

2° LES INQUIÉTUDES DES PARLEMENTAIRES

Tout au long des débats deux préoccupations ont été exprimées de manière quasi-unanime et systématique par les orateurs : d'une part le souci de rechercher l'"eurocompatibilité" (25) des textes votés par le Parlement français ; d'autre part une inquiétude quant à l'influence des mécanismes communautaires sur les institutions parlementaires des États Membres.

A - Un souci de vérifier systématiquement l'"eurocompatibilité"

A l'horizon du 1er janvier 1993, la prise en considération de la dimension européenne par le législateur français doit revêtir deux aspects :

- Tout d'abord le Parlement National doit veiller à ne pas adopter des textes qui iraient à l'encontre du droit positif communautaire. Le problème de la compatibilité entre les normes européennes et les législa-

(23) J.O. Débats A.N. séance du 11 avril 1989, p. 101.

(24) J.O. Débats A.N. séance du 11 avril 1989, p. 101.

(25) Néologisme qui a pour auteur M. Lamassoure dans son rapport fait au nom de la Commission des Lois n° 559 (1988-1989), p. 7.

tions nationales se pose en particulier pour toutes les lois à caractère fiscal ou économique, ainsi que pour celles relatives à la circulation des personnes ou aux relations de travail. Or, à cet égard on constate, selon Mme C. Lalumière, un décalage "entre l'importance du droit communautaire et l'aveuglement des assemblées parlementaires françaises qui continuent à voter des lois nationales comme si l'Europe n'existait pas" (26), et l'ancien ministre des Affaires Européennes d'ajouter "nous avons l'impression que l'Europe se construit sans que les parlementaires aient vraiment intégré cette donnée". Au surplus, le nombre, la cadence et l'importance des sujets traités à Bruxelles en application de l'Acte unique font que la vérification de la compatibilité des lois examinées par les chambres, avec les projets de directives doit s'imposer de manière systématique (27). Car, ainsi que le signale fort opportunément M. Lamassoure, "si nous ne prenons pas garde de vérifier que les textes que nous votons ici sont en harmonie avec les projets de directives, notre travail législatif risquerait, à peine achevé, d'être rendu caduc par une nouvelle norme européenne" (28).

- Ensuite le Parlement ne peut plus légiférer dans l'ignorance des législations en vigueur dans les autres pays de la Communauté. En effet, la connaissance des normes appliquées chez nos voisins dans le domaine faisant l'objet d'un projet ou d'une proposition de loi permettrait de discuter et de voter ce texte dans un esprit d'harmonisation (dans le cas d'un projet de loi ayant pour objet de transcrire en droit interne une directive adoptée par les instances communautaires), et d'une manière plus générale de retenir les solutions qui, à l'expérience, se sont révélées les plus opératoires. Encore faut-il que la législation en vigueur chez nos partenaires européens soit connue et ait été sérieusement étudiée.

Cette préoccupation d'assurer l'eurocompatibilité de la législation française, a conduit l'Assemblée Nationale à modifier en 1989 -à l'initiative de M. L. Mermaz et P. Méhaignerie, respectivement présidents des groupes socialiste et U.D.C.- son règlement pour prévoir que les rapports sur les projets ou propositions de loi "sur des domaines couverts par l'activité des communautés européennes comportent en annexe des éléments d'information sur le droit européen applicable et la législation en vigueur dans les principaux pays de la communauté" (29).

(26) Mme Lalumière : citée in *Le Monde* 24-11-1988.

(27) L'institution de la délégation n'a pas ainsi pu empêcher certains conflits entre la norme nationale et la norme européenne de se produire, qui ont conduit le juge européen, chargé de contrôler l'application du droit communautaire, à déclarer invalides des lois adoptées par le Parlement. On peut citer à titre d'exemple la condamnation par la Cour de Justice du Luxembourg dans un arrêt du 1er janvier 1985 (Leclerc c/ Au Blé Vert, Rec. 1985, p. 1) de la législation française du prix du livre (loi du 10 août 1981 dite Loi Lang).

(28) J.O. A.N. Débats : séance du 11 août 1989, p. 97.

(29) Résolution votée le 2 juin 1989 et modifiant l'article 86 du Règlement de l'Assemblée Nationale. Proposition de Résolution présentée par M. P. Méhaignerie n° 550 (1988-1989) - Proposition de résolution présentée par M. L.

B - Une inquiétude quant à l'influence des mécanismes communautaires sur les institutions parlementaires des États Membres

L'Acte Unique Européen, dont l'ambition est de relancer la construction européenne par la voie économique n'a pu empêcher que s'accroisse, en raison du succès même de son approche, une inquiétude quant aux incidences des mécanismes communautaires sur les institutions démocratiques des douze partenaires.

Cette crainte, qui à vrai dire n'est pas nouvelle mais est cependant aggravée dans un contexte dynamique, est celle que les progrès de l'Europe ne s'accompagnent d'un dessaisissement des institutions représentatives nationales, entraînant une perte de substance du débat démocratique.

a) Le dessaisissement des parlements nationaux

Le traité de Rome impliquait, à l'évidence, un transfert de compétence des États Membres vers les instances communautaires et donc une réduction du pouvoir des organes nationaux. En particulier, les parlements nationaux n'ont plus le monopole de la loi.

Rappelons brièvement que le pouvoir normatif communautaire fait disparaître le pouvoir législatif national quand, affectant une matière réservée à la loi, il est revêtu de l'applicabilité directe (les règlements). En revanche le pouvoir législatif national subsiste lorsque le pouvoir normatif européen s'exerce sous forme de directives qui doivent être transposées en règles nationales ; mais il perd alors son caractère "initial" et devient en fait un pouvoir lié (30). Et l'on sait que la pratique des directives minutieusement détaillées retire souvent toute liberté d'appréciation aux élus nationaux ; elles ne peuvent qu'être entérinées. Autant dire que l'Europe transforme les parlements en chambres d'enregistrement (31) ; c'est ce que rappelle avec force le rapporteur de

Mermaz n° 692 (198861989), les auteurs de cette proposition de résolution se sont inspirés de l'exemple Néerlandais : la commission permanente des Affaires européennes du Sénat néerlandais veille à ce que chaque projet de loi comprenne un article assurant la compatibilité de la loi avec les normes européennes.

(30) En effet, la prééminence, définie par la Cour de Justice des Communautés de l'ordre juridique communautaire sur les ordres juridiques nationaux oblige le législateur national à s'aligner sur les règles prescrites par la Communauté, C.J.C.E. arrêt Costa c/ Enel (15-7-1964 affaire 6/84 Rec. 1141).

(31) M. Poher qui fut président de l'Assemblée européenne avant son élection au suffrage direct à tenu à souligner, dans son allocution de fin de session de décembre 1988, la nécessité d'éviter "une évolution regrettable qui, petit à petit, reléguerait les Parlements au rang de simples chambres de ratification des normes communautaires", J.O. Débats Sénat séance du 22 décembre 1988, p. 3117.

De son côté, le président de l'Assemblée nationale M. Fabius dans un rapport présenté à Madrid devant la réunion des présidents des assemblées parlementaires des pays de la Communauté Européenne, intitulé "les Parlements européens dans la perspective de 1993, le traitement des affaires communautaires et la collaboration

la proposition de loi à l'Assemblée Nationale, M. Lamassoure "Même dans ce cas (les directives), l'initiative de la réforme nous échappe, tout comme son orientation. Nous ne légiférons plus, nous ratifions" (32). Le paysage juridique français est modifié considérablement sans que les élus du peuple aient vraiment leur mot à dire. Si la question de la dépossession des parlements nationaux se pose depuis le Traité de Rome, elle revêt une acuité plus grande depuis que l'Acte unique a entraîné une multiplication du nombre de directives influençant voire modifiant des pans entiers de notre législation (33).

L'accélération récente de la construction européenne ne pouvait, en effet, manquer d'avoir de profondes répercussions. L'harmonisation des règles d'un marché unique exige, une importante production normative : deux cent soixante dix neuf directives communautaires (initialement trois cents directives) avant le 31 décembre 1992 (34). Cela représente un rythme annuel de production des règles juridiques équivalent à celui du Parlement français durant la période 1985-1988 (35). Voilà une accélération spectaculaire par rapport au rythme antérieur à l'acte unique (36).

Au surplus, cette production normative amplifiée n'est pas sans influence sur l'activité législative française. Selon un pointage effectué par M. Lamassoure, sur les deux cent trente lois votées par le Parlement, durant les années 1985-1988, cent deux portaient sur les matières faisant également l'objet d'une réglementation européenne étaient en quelque sorte "sous influence européenne" (37). Pour sa

entre les chambres" constate la diminution du rôle traditionnel des parlements dont le pouvoir législatif tend à devenir "un simple pouvoir de ratification".

(32) J.O. Débats A.N. séance du 11 avril 1989, p. 97.

(33) A dire vrai, au début la diminution de pouvoirs des organes législatifs nationaux s'est effectuée sans douleur ; les communautés n'intervenant que dans des domaines limités. La dépossession s'est faite progressivement parce qu'abandonnant en fait le principe de subsidiarité, les autorités communautaires ont traité de sujets de plus en plus divers - La Cour de Justice des Communauté européennes a sacralisé la norme européenne- la sphère des compétences de la C.E.E. n'a cessé de s'élargir au fur et à mesure que les Douze États développaient de nouvelles politiques communes. La mise en oeuvre de l'Acte Unique n'a fait qu'accentuer ce processus.

(34) Cf. Livre Blanc sur l'achèvement du marché intérieur présenté par la Commission aux Chef d'État et de gouvernement des États membres lors du Conseil Européen de Milan en juin 1985 C.O.M. (85) 310 final 14 Juin 1985.

(35) Le nombre des lois promulguées en France durant la période 1985-1988 s'est élevé à 230.

(36) M. Lamassoure rappelle, par exemple, qu'en 1987 ont été adoptées à Bruxelles 458 règlements, 40 directives et 127 décisions communautaires in J.O. Débats A.N. séance du 11 avril 1989, p. 97.

(37) M. Lamassoure cite les chiffres suivants

Nombre total des lois promulguées Nombre de lois portant sur des matières faisant l'objet d'une réglementation européenne

1985	69	37
1986	58	29
1987	63	18
1988	<u>40</u>	<u>18</u>
	30	102

in rapport cité p. 6.

part, M. Delors, président de la Commission des Communautés n'hésitait pas à prophétiser en juillet 1988 devant le Parlement de Strasbourg "Dans dix ans, 80 % de la législation économique, peut être même fiscale et sociale sera d'origine communautaire" (38).

Même si l'on peut estimer cette déclaration excessive, il n'en demeure pas moins qu'un phénomène d'évasion du pouvoir législatif vers les communautés existe bel et bien et est destiné à s'amplifier (39). De Rome à La Haye, en passant évidemment par Londres et Copenhague, les élus nationaux partagent les inquiétudes des parlementaires français qui constatent une réduction de leur pouvoir en raison de l'importance croissante de la législation communautaire. Cette évolution regrettable, aux yeux des parlementaires risque de surcroît d'entraîner un recul de la démocratie.

b) La perte de substance des débats démocratiques

Les normes européennes s'élaborent selon un procédé considéré comme fort peu démocratique. Le processus décisionnel laisse peu de place au Parlement de Strasbourg. Seul organe ayant une véritable légitimité démocratique - puisqu'élu au suffrage universel direct depuis 1979- il ne peut pas institutionnellement jouer le rôle de tout parlement, dans les démocraties libérales, de fabricant de la loi ; car il n'a pas de véritable pouvoir de décision, mais une compétence de donneur d'avis.

Et même si sa capacité à exercer une influence s'affirme un peu plus avec le temps, ce n'est pas lui qui décide en dernier ressort (40). En définitive ni la Commission qui propose, ni le Conseil des Ministres qui dispose ne sont responsables devant trois cent vingt millions de citoyens européens à qui s'appliquent leurs décisions : "On arrive ainsi à cette contradiction d'une union faite de pays démocratiques fonctionnant elle-même très peu démocratiquement" (41). Ce processus décisionnel suscite, c'est un phénomène récent une certaine frustration, un sentiment de "déficit démocratique" dans les Parlements nationaux qui jusqu'ici n'ont fait que des efforts modestes pour suivre et contrôler ce qui se passait à Bruxelles. Les élus des douze parlements constatent que le modèle démocratique ne s'est pas reproduit à l'échelle communautaire et craignent une déviation technocratique de l'Europe.

(38) Cité in *Le Monde* 15-6-1989.

(39) A cet égard il convient de rappeler que l'Acte Unique Européen dans son article 18 (article 100 A nouveau Traité de Rome) dispose que le Conseil arrête les mesures (et donc éventuellement les règlements) nécessaires "au rapprochement des dispositions législatives réglementaires et administratives des États Membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur". L'article 100 toujours en vigueur mais largement vidé de sa substance n'autorise pour le même objet que le procédé de la directive. L'Acte Unique augmente les possibilités de dépossession du pouvoir législatif national ; même si la déclaration relative à l'article 100 A prévoit que la Commission devra privilégier dans ses propositions le recours à l'instrument de la directive si l'harmonisation implique une modification législative dans un ou plusieurs États membres.

(40) Sur le rôle législatif du Parlement Européen Cf. G. Isaac, *Droit communautaire général*, Masson Paris 1989, p. 64-66.

(41) J.P. Benoit : *Indispensable Europe*, Berger Levrault 1989.

Le parlement de Strasbourg, quant à lui, déplore -dans des résolutions nourries du thème du "déficit démocratique"- que la perte de pouvoirs démocratiques par les parlements nationaux ne soit contrebalancée par aucune augmentation du contrôle démocratique au niveau de la communauté. Ainsi M. Fabius président de l'Assemblée Nationale et Eurodéputé peut-il écrire "le transfert des compétences législatives aux institutions européennes ne s'est pas accompagnées d'un processus démocratique d'élaboration des normes communautaires" (42).

Comment combler le "déficit démocratique" est devenu l'antienne des parlementaires des douze États membres et aussi celle des eurodéputés.

A terme lointain, le seul moyen d'éliminer ce "déficit démocratique", aujourd'hui, sera bien sûr, le renforcement des pouvoirs du parlement européen, et plus précisément l'allocation, concurremment au Conseil des Communautés, de l'exercice du pouvoir législatif. Mais en attendant, une influence plus forte du Parlement français s'avère désormais nécessaire : "nous voulons mieux associer le parlement à la construction européenne, affirme Mme Lalumière. C'est essentiel pour parfaire le rôle et l'existence de l'institution parlementaire. C'est également essentiel si l'on veut que la construction européenne soit véritablement démocratique" (43). De simples spectatrices, les chambres françaises doivent se muer en actrices du droit communautaire. Mme Cresson, ministre des affaires européennes proclame ainsi avec force devant les sénateurs "le surcroît d'activité communautaire doit effectivement correspondre au renforcement des moyens du Parlement" (44). Il faut donc rechercher les voies et les moyens pour les parlementaires de jouer un rôle important dans la construction européenne. Les délégations parlementaires apparaissent comme un instrument tout désigné pour répondre à ces besoins. C'est pourquoi s'impose un renforcement de leurs effectifs et de leurs compétences.

II - LA RÉNOVATION DU STATUT

Le renforcement statutaire des délégations parlementaires aux communautés européennes s'effectue selon trois modalités : accroissement des effectifs, amélioration de leur représentativité, suppression de l'incompatibilité avec le mandat de parlementaire européen.

1° L'ACCROISSEMENT DES EFFECTIFS

La loi de 1979 avait fixé à 18 députés et 18 sénateurs le nombre des membres de chaque délégation (45). Cet effectif est apparu, dix ans après, comme nettement insuffisant pour plusieurs raisons :

(42) in art. cité.

(43) J.O. A.N. séance du 11 avril 1989, p. 102.

(44) J.O. Sénat séance du 27 avril 1989, p. 451.

(45) A titre de comparaison rappelons que les chiffres des effectifs des autres délégations parlementaires :

- La délégation pour les problèmes démographiques (loi du 31 décembre 1979 relative à l'I.V.G.) est mixte ; elle comprend 15 députés et 10 sénateurs, désignés

- L'effectif n'a pas été révisé à la hausse lorsque l'effectif de l'Assemblée Nationale est passé de 491 à 577 députés.

- L'acte unique et sa mise en oeuvre ont sensiblement accru le domaine des activités communautaires et surtout accéléré le processus de décision qui se répercute sur les missions des délégations (279 directives d'harmonisation doivent être adoptées, selon la Commission, avant le 1er janvier 1993).

L'augmentation des effectifs devrait donc permettre aux délégations de multiplier le nombre de leurs rapporteurs spécialisés et favoriser un meilleur examen des textes transmis aux délégations.

Malgré les réticences sénatoriales, l'effectif de chaque délégation a été doublé et porté à 36 membres.

Le Sénat souhaitant être plus restrictif proposait en effet de s'arrêter à un effectif de 24 membres. Pourquoi le chiffre de trente six est-il apparu comme exagéré aux yeux des Sénateurs ? Ceux-ci avançaient trois arguments :

- Le chiffre de 24 apparaissait comme raisonnable, compte tenu de l'effectif du Sénat qui est seulement de 319 membres.

- L'effectif de trente-six tend à rapprocher le nombre des membres des délégations de celui des actuelles commissions permanentes du Sénat : les moins nombreuses, celle des Finances et celle des lois ne comportant que respectivement 43 et 44 sénateurs.

- Les autres délégations parlementaires n'incluent pas plus de 18 membres lorsqu'elles sont constituées au sein de chacune des assemblées, et vingt huit lorsqu'elles réunissent des députés et des sénateurs (46).

Le Président de la Commission des lois, M. J. Larché quant à lui n'hésitait pas à invoquer l'efficacité pour s'opposer : "J'ai eu en effet la faiblesse de penser que plus l'effectif d'un groupe est réduit mieux celui-ci travaille... je ne pense pas que la qualité des travaux de la délégation se trouve considérablement améliorée par le fait qu'elle comptera trente six membres. Elle n'en a pas besoin. Elle travaillait déjà très bien avec dix huit membres et elle aurait pu continuer ainsi" (47).

en leur sein par chaque assemblée de manière à assurer une représentation proportionnelle des groupes politiques.

- La délégation parlementaire dénommée office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques mixte elle aussi (loi du 8 juillet 1983) comprend 8 députés et 8 sénateurs, désignés à la représentation proportionnelle des groupes.

Les délégations pour la planification (loi du 29 juillet 1982) comprennent chacune 15 membres désignés par chaque chambre en son sein à la représentation proportionnelle des groupes.

- Quant à la plus ancienne d'entre elles, la délégation parlementaire pour la communication audiovisuelle, supprimée par la loi du 27 novembre 1986, elle était mixte et composée de 14 membres : les rapporteurs généraux des Commissions des Finances, les rapporteurs spéciaux des mêmes commissions, les rapporteurs des commissions des Affaires culturelles chargés de la radio-télévision, cinq députés et trois sénateurs désignés de façon à assurer une représentation équilibrée des groupes.

(46) P. Girod J.O. Débats Sénat séance du 27 avril 1989, p. 458.

(47) J. Larché J.O. Débats Sénat séance du 27 avril 1989, p. 459.

En choisissant de majorer le nombre des membres des délégations, le Parlement a témoigné de son intérêt pour les questions européennes, de surcroît cela lui permet d'améliorer la représentativité de ces organismes.

2° L'AMÉLIORATION DE LA REPRÉSENTATIVITÉ

Un effectif accru doit permettre un renforcement de la représentativité des délégations à l'égard des groupes parlementaires et des commissions permanentes. L'article 2 dispose à cette fin que "les membres des délégations sont désignés en leur sein par chacune des assemblées de manière à assurer une représentation proportionnelle des groupes politiques et une représentation équilibrée des commissions permanentes". Cette désignation intervient, à l'Assemblée Nationale au début de la législature, pour la durée de celle-ci, et au Sénat après chaque renouvellement triennal.

A - La représentation proportionnelle des groupes

Le nombre des membres de chaque délégation établi à trente six doit permettre une meilleure représentation proportionnelle des groupes. Cette répartition à la proportionnelle déjà retenue par la loi de 1979, sur la base d'un effectif de 18 membres est apparu comme insatisfaisante, car si, dans la IXème législature (1988...), elle donnait, à l'Assemblée Nationale 9 sièges au groupe socialiste, 4 au groupe R.P.R. et 3 au groupe U.D.F., elle n'assurait qu'un seul siège à deux des groupes : le groupe communiste et le groupe U.D.C. (48).

Les trente six sièges de la Délégation à l'Assemblée Nationale sont alloués, en vertu de la loi de mai 1990, à raison de 17 sièges au groupe socialiste, 8 au groupe R.P.R., 6 au groupe U.D.F., 3 au groupe U.D.C. et 2 au groupe communiste (49). La majorité qui s'y dégage est représentative du rapport des forces politiques au sein de cette assemblée ; dans le cas précis, la composition a été déterminée de telle façon que les députés socialistes et communistes y disposent d'un nombre de sièges supérieur à la moitié.

Les nouvelles délégations ont été nommées, par chaque assemblée, dans le délai d'un mois suivant la promulgation de la loi, comme le prévoit l'article 7.

B - Une représentation équilibrée des commissions permanentes au sein de chaque délégation

C'est là une des innovations de la loi (le texte de 1979 ne faisait pas référence à une quelconque répartition des membres des délégations entre les commissions permanentes). Son objectif est d'assurer une meilleure liaison au sein de chaque assemblée entre les commissions permanentes et la délégation parlementaire aux communautés

(48) Chiffres cités dans le rapport de M. Lamassoure à l'Assemblée Nationale n° 559 (1988-1989), p. 13.

(49) Bulletin de l'Assemblée Nationale n° 51 du 6 juin 1990, p. 31.

européennes (celles-ci étant les premières destinataires des travaux de celles-là).

Dans la pratique, depuis 1979, la répartition des représentants des commissions permanentes au sein des délégations de l'Assemblée Nationale et du Sénat s'est révélée fort inégale et par là même insatisfaisante.

A l'Assemblée Nationale, en effet, la Commission des Affaires Étrangères était représentée par six membres, soit un tiers de l'effectif de la délégation ; celles de la production et des échanges, des Finances et des Lois par quatre membres et celle des Affaires culturelles par un député. Tandis que la Commission de la Défense nationale ne disposait d'aucune représentation (!!!) (50). M. Couve de Murville, alors Président de la Commission des Affaires étrangères justifiait cet ostracisme par le fait que "la Commission de la Défense Nationale ne paraît pas intéressée par les problèmes communautaires" (51).

Au Sénat, on pouvait constater un déséquilibre analogue dans la représentation des commissions, puisque la commission des Affaires Étrangères comptait sept membres (dont le président de la délégation), la commission des Finances quatre membres, la commission des Affaires culturelles et celles des Affaires économiques, trois chacune ; tandis que la commission des Lois n'était représentée que par un seul sénateur. La commission des Affaires sociales, pour sa part, s'était vue dénier toute représentation (alors même que le droit social prend une part croissante dans le droit communautaire) (52).

La représentation des commissions permanentes telle qu'elle résulte des désignations effectuées en mai 1990 laisse apparaître sinon une stricte proportionnalité du moins une meilleure pondération ainsi que certaines préférences affichées par les chambres (la commission des Lois désigne huit délégués à l'Assemblée Nationale et seulement trois au Sénat, la commission des Affaires Étrangères et de la Défense du Sénat se taille la part du lion avec douze délégués sur trente six, soit le tiers...).

(50) Lamassoure J.O. Débats A.N. séance du 1989, p. 559.

(51) M. Couve de Murville J.O. Débats A.N. séance du 31 mai 1979, p. 4502.

(52) Rapport au Sénat n° 209 de M. P. Girod, p. 13.

COMPOSITION DES DÉLÉGATIONS

Assemblée Nationale			Sénat		
Commission	Effectifs		Commission	Effectifs	
	Avril 1990	Mai 1990		Avril 1990	Mai 1990
Lois	4	8	Affaires Etrangères/Défense	7	12
Affaires étrangères	6	7	Economie	3	7
Finances	4	7	Affaires culturelles	3	5
Production et échanges	4	6	Lois	1	3
Affaires culturelles et sociales	1	5	Affaires sociales	0	3
Défense nationale	0	3			
	18	36		18	36

Tableau établi à partir de la composition nominative des délégations fournie par : B.A.N. n° 51 6 juin 1990, p. 31 ; B.I.R.S. 11 juin 1990, p. 22

Cet impératif de représentation mieux équilibrée des commissions permanentes est pleinement justifié par l'accroissement des missions des délégations qui seront désormais consultées dans des domaines variés relevant de la compétence des différentes commissions, en particulier sur les projets de loi de transposition du droit communautaire en droit interne.

Par ailleurs la présence en nombre suffisant, dans chaque commission permanente, des parlementaires ayant participé aux travaux de la délégation devrait favoriser la prise en compte par les commissions des aspects communautaires des textes législatifs (53). En bref, à faire en sorte, selon le secrétaire d'État M. Thierry de Beaucé "que la préoccupation européenne soit présente dans tous les travaux du Parlement" (54). Et l'on remarquera que l'effectif de trente six membres doit permettre une mise en oeuvre de ce principe de répartition.

(53) Cf. Intervention de M. S. Franchis J.O. Débats A.N. séance du 11 avril 1989, p. 103.

(54) J.O. Débats A.N. Séance du 11 avril 1989, p. 105.

3° LA SUPPRESSION DE L'INCOMPATIBILITÉ FRAPPANT LES DÉPUTÉS ET LES SÉNATEURS MEMBRES DU PARLEMENT EUROPÉEN

La loi nouvelle supprime l'article 3 du texte de 1979 qui disposait que les députés et sénateurs élus à l'Assemblée des Communautés ne peuvent pas faire partie de l'une ou l'autre des délégations parlementaires.

Au vu des travaux préparatoires de la loi de 1979, cette exclusion semblait alors s'imposer pour plusieurs raisons :

- Les titulaires du double mandat apparaissaient à la fois comme juges et parties (55).

- L'indétermination du nombre des eurodéputés soulevait des problèmes d'équilibre au sein des délégations.

- Les obligations de leur mandat européen ne leur permettraient pas de disposer du temps nécessaire pour participer activement aux travaux de la délégation (56).

- Enfin le double souci d'une part d'éviter que l'information ne reste concentrée entre les mains des seuls élus les mieux informés, au lieu d'être diffusée, d'autre part de multiplier le nombre des parlementaires appelés à être particulièrement attentifs à l'égard des activités exercées par les institutions des Communautés européennes.

Cette exclusion qui porte la marque du climat de méfiance à l'égard du Parlement européen présidant à l'adoption de la loi du 10 juillet 1979, ne semble plus aujourd'hui justifiée. L'évolution politique a modifié sensiblement les perspectives :

- Depuis l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct, est apparue une méconnaissance des activités réciproques du Parlement français et de l'Assemblée de Strasbourg. Une méconnaissance qui est contradictoire avec la nécessité d'assurer une meilleure coordination entre les activités des institutions européennes et les travaux du Parlement.

- La limitation du cumul des mandats par la loi du 30 décembre 1985 a considérablement réduit le nombre des députés ou des sénateurs qui siègent simultanément à l'Assemblée des Communautés. Il n'y a donc plus lieu de craindre qu'ils ne monopolisent les travaux des délégations.

La possibilité pour le titulaire de deux mandats, de siéger à la délégation parlementaire est dès lors apparue indispensable aux députés qui, en première lecture, ont supprimé l'exclusion de l'article 3 de la loi de 1979.

Les sénateurs, en revanche, ont souhaité maintenir l'incompatibilité, avançant leur souci d'éviter qu'il y ait au sein de la

(55) Le rapporteur à l'Assemblée Nationale rappelait en mai 1989 que "l'esprit des délégations parlementaires aux Communautés européennes était de contrôler, je dirai de "marquer" au sens sportif du terme, ce qui se faisait au Parlement européen. On voulait donc empêcher que l'un des membres de cette délégation soit, en quelque sorte, à la fois juge et partie", Assemblée Nationale séance du 16 mai 1989, p. 886.

(56) Rapport fait à l'Assemblée Nationale par M. C. Krieg op. cit., p. 14.

Les sénateurs, en revanche, ont souhaité maintenir l'incompatibilité, avançant leur souci d'éviter qu'il y ait au sein de la délégation deux sortes de parlementaires : ceux qui sont à la fois parlementaires nationaux et parlementaires européens -et qui de ce fait ont une compétence et une habitude plus grande des problèmes européens- et les autres (57). Argument fort surprenant que celui de l'excès de compétence des eurodéputés ! La meilleure façon d'assurer au mieux le rôle des assemblées françaises n'est-elle pas d'avoir la double appartenance ?

En définitive, dans un souci de conciliation avec l'Assemblée Nationale, le Sénat a accepté la suppression de l'incompatibilité édictée en 1979.

Les délégations parlementaires étant ainsi notablement renforcées dans leurs effectifs et dans leur représentativité, le sont nettement moins dans leurs attributions.

III - L'AMPLIFICATION MESURÉE DU RÔLE DES DÉLÉGATIONS

Les limites constitutionnelles qui s'imposent au législateur dans son entreprise d'aménagement du rôle des délégations parlementaires méritent d'être préalablement rappelées.

En effet, notre droit constitutionnel, contraignant en matière de vie parlementaire, pose deux interdits, déjà abondamment commentés lors des débats qui ont précédé le vote de la loi du 6 juillet 1979 (58) :

- Le refus de la mise en tutelle de l'exécutif :

Traditionnellement la négociation internationale, à laquelle est assimilé le processus décisionnel communautaire, est en France le privilège de l'exécutif (59) ; le parlement étant simplement appelé à

(57) P. Girod Sénat séance du 27 avril 1989, p. 460.

(58) Cf. C. Krieg Rapport n° 985 (1978-1979) cité p. 11-13 ; G. Cottureau : art. cité p. 45-51.

(59) Des voix parlementaires -et non des moindres- s'élèvent contre cette assimilation du processus décisionnel communautaire à une négociation internationale. Déjà en 1979, M. Jean Foyer président de la Commission des Lois à l'Assemblée nationale et auteur de la proposition de loi n'hésitait pas à déclarer « Nous ne pouvons plus raisonner aujourd'hui comme le faisaient les rédacteurs de la constitution de 1958 - en fonction de la procédure traditionnelle des engagements internationaux. Nous devons tenir compte de la manière tout à fait particulière, originale et nouvelle selon laquelle s'élabore le droit communautaire dérivé ». J.O. Débats A.N. séance du 31 mai 1979, p. 4508. Au cours des débats sur la loi de 1990, l'ancien secrétaire d'État chargé des affaires européennes C. Lalumière demandait « peut-on encore considérer que les affaires communautaires comme relevant entièrement des affaires internationales, alors que leurs incidences en droit interne sont si directes et si fortes. Un jour ou l'autre ce problème de fond devra être évoqué et tranché ». J.O. Débats A.N. séance du 11 avril 1989, p. 101. De son côté, le président de la délégation parlementaire du Sénat, M. Genton constate qu'appliquée aux questions communautaires, cette tradition "borne de façon réhhibitoire les perspectives de restauration des prérogatives parlementaires dans les domaines de plus en plus vastes ouverts à

accepter ou rejeter les projets de loi autorisant la ratification des textes. Le respect du principe de la séparation des pouvoirs interdit que les avis des délégations parlementaires pour les communautés européennes conditionnent la position du gouvernement sur les projets d'actes communautaires, contrairement à ce qui se passe dans d'autres pays (60).

- Le refus de la transformation des délégations en commissions permanentes :

Il n'est pas concevable que, dès lors que la procédure législative est définie par la constitution, l'examen des projets de proposition de lois ayant trait à l'un des domaines couverts par l'activité des communautés soit subordonné à la consultation des délégations parlementaires qui n'ont aucune vocation à intervenir dans le processus législatif. Les délégations parlementaires ne peuvent pas se transformer en commissions permanentes sans enfreindre l'article 43 de la constitution qui limite le nombre des commissions à six sans chaque assemblées.

La limite des pouvoirs des délégations parlementaires a, depuis lors, été énoncée par le Conseil Constitutionnel dans une décision du 27 juillet 1982 (61), qui avait été prise à propos des délégations pour la planification. La Haute Juridiction a admis que la création de tels organismes n'est pas contraire à la constitution, sous réserve que leur rôle soit strictement encadré et respecte deux règles précises : d'abord que les délégations parlementaires soient privées de tout pouvoir normatif et qu'en aucun cas leurs avis n'aient force obligatoire ; leur rôle est en effet de fournir "des informations et des suggestions". Ensuite qu'elles n'interfèrent pas avec les compétences constitutionnelles définies du gouvernement, notamment en matière de conduite de la politique de la nation et de négociations internationales.

internationale... Du point de vue institutionnel et organique, il faut relever que théoriquement le processus décisionnel communautaire n'est pas une négociation diplomatique... Il paraît par conséquent inapproprié d'accorder à ce processus décisionnel le bénéfice de l'immunité diplomatique devant le parlement français» in Rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires étrangères, Sénat n° 441 (1988-1989), p. 33-34.

(60) Au Danemark le gouvernement est assez dépendant de la Commission pour les relations avec le Marché Commun de l'unique chambre le Folketing. Il reçoit de la commission de véritables mandats impératifs : il lui expose les bases de la négociation qu'il entend adopter ; en cas de désaccord il est tenu d'engager la négociation sur les bases définies par celle-ci. Si les perspectives d'aboutissement des positions aussi définies apparaissent ultérieurement peu probables, le gouvernement doit solliciter l'accord de la Commission sur de nouvelles bases de négociation. Il doit enfin de parcours, informer celle-ci des résultats des négociations communautaires. En bref, le gouvernement ne peut s'engager à Bruxelles que "ad referendum" ; J. Foyer, «Le contrôle des parlements nationaux sur la fonction normative des institutions communautaires», Revue du Marché Commun avril 1979.

(61) Décision n° 82-142, D.C. du 27 juillet 1982, Rec. p. 52, 17e considérant.

Au surplus, le Sénat - animé d'un "conservatisme de mauvais aloi" (62), dissimulé derrière l'inquiétude de voir le Parlement risquer de "succomber au péché suprême d'inconstitutionnalité" (63) en voulant transformer les délégations parlementaires en commissions permanentes, intervenant de façon substantielle dans le processus législatif, s'immiscant dans le pouvoir de négociation internationale qui est l'apanage de l'exécutif - a jugé préférable de retenir un texte plus restrictif que celui des députés pour les possibilités d'action de ces organismes spécialisés.

Sous le bénéfice de ces remarques préliminaires, la mission générale allouée par la loi du 10 mai 1990 aux délégations parlementaires demeure d'informer chacune des assemblées des activités des communautés européennes. Tout au plus, une modification vise-t-elle à faire expressément référence à l'Acte Unique Européen parmi les textes en application desquels s'exerce l'activité des institutions communautaires (64). De surcroît, alors que la loi de 1979 disposait : «les délégations parlementaires pour les communautés européennes ont pour mission d'informer leur assemblée respective des activités exercées par les institutions des communautés européennes», la récente loi renforce cette mission initiale afin de confier aux délégations une véritable tâche de surveillance «les délégations... ont pour mission de suivre les travaux conduits par les institutions des communautés européennes... afin d'assurer l'information de leur assemblée respective sur le déroulement du processus communautaire» (paragraphe IV de l'article 6 bis). En revanche les Sénateurs ont récusé le texte adopté par l'Assemblée nationale qui confiait aux délégations parlementaires la responsabilité d'assurer une bonne coordination des activités du Parlement et de celles des institutions communautaires. Ils ont entrevu là, une mutation du rôle des délégations, transformées en interlocuteurs privilégiés des instances européennes dans les relations qu'elles entretiennent avec les assemblées parlementaires, et dotées au mépris de la commission d'une compétence transversale au sein des chambres (65). Une telle évolution porterait atteinte à l'autonomie des

(62) Selon l'expression du rapporteur de la proposition de loi devant le Sénat, M. Girod, J.O. Débats Sénat séance du 27 avril 1989, p. 452.

(63) Selon M. Josselin Président de la délégation parlementaire de l'Assemblée nationale et auteur de la proposition de loi, J.O. Débats A.N. séance du 16 mai 1989, p. 884.

(64) Sans changer la nature de cette mission, l'acte unique européen en accroît le contenu et l'importance. Selon l'exposé des motifs de la proposition de M. Josselin, dans la perspective de l'achèvement du marché commun à la fin de 1992, les activités des délégations doivent viser à mieux atteindre deux objectifs : informer les assemblées et leur permettre de jouer leur rôle législatif dans la mise en place du marché unique - être le canal de l'information de l'opinion publique sur les conséquences de la réalisation de l'acte unique pour les français, les changements à intervenir dans leur vie quotidienne et des droits et obligations entraînés par les nouvelles règles. Proposition de Loi n° 549 Assemblée Nationale (1988-1989).

(65) Cf. Rapport fait par M. P. Girod au nom de la Commission des Lois du Sénat n° 262 (1988-1989), p. 16-17). Au demeurant on ne voit pas très bien comment

assemblées parlementaires françaises. Topique de cet état d'esprit, le président de la Commission des Lois du Sénat déclarait avec force «L'essentiel c'est le maintien de la délégation dans le cadre de sa compétence qui est d'informer et seulement d'informer» (66).

Si la loi n'introduit donc pas d'innovation quant à la mission générale des délégations, elle tend cependant à accroître leur pouvoirs. Mais compte tenu des impératifs constitutionnels et de la vigilance sourcilleuse du Sénat, ce renforcement ne pouvait être que limité tant en ce qui concerne les compétences d'information que celles de consultation.

1° LES COMPÉTENCES D'INFORMATION

L'objectif de la mission des délégations parlementaires est d'améliorer l'information des parlementaires sur les travaux en cours au sein des instances communautaires, d'une part, afin que le plus tôt possible au cours du processus de négociation et d'adoption des normes communautaires, ils puissent faire connaître leur opinion sur les mesures envisagées ; d'autre part pour qu'à l'occasion de l'examen des projets de lois dont l'objet est de transcrire en droit interne une norme communautaire, ils connaissent par avance les dispositions qu'on leur propose de mettre en oeuvre (67). De toute évidence l'efficacité des délégations dépend largement de la qualité et de la rapidité de l'information qu'elles reçoivent et aussi de celle, qu'en retour, elles diffusent. On retiendra donc plus spécialement les problèmes posés par les sources et la diffusion de l'information des délégations.

A - Les sources d'information

Les parlementaires ont cherché à étendre le champ du droit à l'information qui est reconnu aux délégations. La loi prévoit des sources multiples : le gouvernement et les auditions de personnalités.

a) La fourniture d'informations par le gouvernement

Il incombait au gouvernement, depuis la loi de 1979, de transmettre aux délégations tout document nécessaire établi par les différentes institutions de la Communauté Européenne, tous les renseignements sur les négociations en cours et sur tous les projets de directives

des délégations parlementaires pourraient aboutir à une coordination des travaux du Parlement européen, des instances communautaires et du Parlement français.

(66) J.O. Débats Sénat séance du 27 avril 1989, p. 459.

(67) Selon le Sénateur P. Girod rapporteur de la proposition de loi devant le Sénat «L'objet fondamental de ces délégations parlementaires est d'assurer une information précoce et efficace du Parlement afin qu'il ne se trouve pas tenu de mettre en oeuvre des normes d'origine communautaire dont il n'aurait jamais eu connaissance et auxquelles il devrait se soumettre en vertu des dispositions conjuguées de l'article 55 de la Constitution et du Traité de Rome» in Rapport n° 262 (1988-1989), op. cit., p. 17.

et de règlements et autres actes communautaires (68), avant leur examen pour adoption par le Conseil des Communautés (69). Cette obligation est restée en pratique - nous l'avons vu précédemment - lettre morte, en raison de la rétention des informations par le gouvernement. Paradoxalement, les délégations parlementaires étaient bien renseignées sur les projets d'actes des institutions européennes qui leur communiquaient tous les documents nécessaires, alors qu'elles avaient beaucoup de mal à obtenir la position française sur les questions qu'elles devaient aborder. Un décalage important était donc apparu entre la discrétion de l'information procurée par le gouvernement sur ses positions et l'ouverture des délégations sur les instances européennes.

Il convenait donc de doter les délégations des moyens d'être informées le plus en amont possible du processus d'adoption des normes communautaires, c'est-à-dire au moment où les textes sont en cours de négociation. Elles se verraient ainsi confier «un rôle d'alerte précoce» (70) à l'égard de leur assemblée et plus particulièrement des commissions.

Le gouvernement, tout au long des débats, s'est affirmé profondément sensibilisé à l'importance de la question de l'information des parlementaires sur les travaux en cours au sein des instances communautaires. Les prises de position, à ce sujet, ont été sans équivoque. Ainsi pour le ministre des Affaires Européennes Mme Cresson «Il est conforme à l'esprit du fondement démocratique des institutions que le Parlement soit avisé, le plus en avant possible des sujets en discussion dans les institutions communautaires afin de ne pas être mis devant le fait accompli lorsque les textes dérivés lui sont soumis», au surplus «il est évident que le gouvernement doit s'entourer de tous les avis autorisés pour la conduite des négociations communautaires. La représentation nationale doit constituer bien naturellement, la première source de tels avis. Le gouvernement a donc tout intérêt à veiller à ce que le Parlement soit le mieux informé possible» (71).

(68) Le terme "acte communautaire" semble avoir été choisie pour inclure la totalité des décisions prises par les institutions européennes. Il existe en effet une profusion de textes ayant une portée réelle, et une valeur normative, qui répondent à des appellations variées. Outre les directives et les règlements on peut notamment mentionner les décisions du Conseil des Communautés ou encore les accords internes au sein de ce même Conseil ; et enfin tous les arrêts de la Cour du Luxembourg.

(69) Loi du 6 juillet 1979 : article 6 bis paragraphe IV alinéa 2 et paragraphe V.

(70) selon l'expression du Sénateur P. Girod dans son rapport n° 355 (1988-1989), op. cit., p. 7.

(71) J.O. Débats A.N. séance du 16 mai 1989, p. 885. Des propos identiques ont été tenus par M. Poperen ministre chargé des relations avec le Parlement, J.O. Débats Sénat séance du 14 juin 1989, p. 1537, Mme Avice Ministre délégué auprès du Ministre des Affaires Étrangères, J.O. Débats A.N. séance du 29 juin 1989, p. 2620 - M. Pelletier Ministre de la Coopération et du Développement, J.O. Débats Sénat séance du 24 avril 1990, p. 481. Dans son intervention M. Poperen n'hésitait pas à affirmer qu'un souci de transparence et d'information sur la construction européenne inspire désormais l'action du gouvernement (en voulant pour preuves la mise en place pour les parlementaires, par le ministère des Affaires Européennes, d'un système de fiches d'actualité dites "Eurofiches" et d'un compte

La loi de 1990 se contente de modifier légèrement le calendrier du dispositif précédent. Elle prévoit en effet que la communication des propositions de textes émanant de la Commission des communautés doit intervenir plus tôt, c'est-à-dire dès leur transmission au Conseil et non plus seulement à compter de la date de leur examen pour adoption par le Conseil (72). Le gouvernement informe les membres des délégations par le biais de la fourniture de documents, mais il peut aussi les renseigner dans le cadre des auditions.

b) Les auditions de personnalités

La législation nouvelle prévoit, que l'information peut également être obtenue au moyen d'auditions. Si le texte de 1979 n'avait pas prévu cette procédure, la pratique des délégations parlementaires avait suppléé cette lacune, témoin l'article 10 du règlement intérieur de la délégation parlementaire du Sénat prévoyant que la délégation «procède aux auditions et recueille les avis nécessaires à l'accomplissement de sa mission» (73). Les parlementaires se sont donc prononcé en faveur de l'institutionnalisation des auditions de personnalités.

- Les ministres : l'article 4 donne la possibilité aux délégations parlementaires d'entendre l'ensemble des ministres dans les domaines de leur responsabilité (74). Les parlementaires ont pensé que l'introduction de cette disposition dans l'ordonnance de 1958 permettrait aux délégations de se prévaloir d'un texte législatif pour

rendu de tous les Conseil des Ministres des Communautés) et ajoutait que "le gouvernement est prêt à venir exposer sa politique européenne devant le Parlement aussi souvent que nécessaire".

(72) Loi du 10 mai 1990 article 6. A dire vrai il semble bien présomptueux de penser que les parlementaires français pourront alors obtenir la modification des sujets de règlements et de directives. Le Parlement a apporté, à la demande du Secrétaire d'État M. de Beaucé une autre modification mineure : le texte de 179 disposait que les délégations parlementaires examinent les projets de règlements, de directives et d'autres actes communautaires qui sont du domaine de la loi en vertu de la Constitution. La loi de 1990 élargit le champ de l'examen en ne le subordonnant pas à la répartition des matières entre loi et règlement. Selon M. de Beaucé "La modification rédactionnelle suggérée tient au fait qu'il peut être difficile de discerner de prime abord si la transposition nationale d'une directive communautaire sera du domaine de la loi ou du règlement. L'examen de cette question ne pouvait que retarder la transmission des documents au Parlement et pouvait également être source d'erreur. La modification proposée permettra de surcroît une information plus complète du Parlement" in J.O. Débats A.N. séance du 11 avril 1989, p. 107. De son côté le Sénateur P. Girod rapporteur devant le Sénat arguait de sa crainte "qu'un ministre ne se donne un jour l'alibi du caractère réglementaire d'un texte communautaire pour ne pas le transmettre à fin d'examen aux délégations parlementaires", J.O. Débats Sénat séance du 14 juin 1989, p. 1543.

(73) Cf. P. Girod, rapport n° 209 (1988-1989), op. cit., p. 14.

(74) Article 4 alinéa 3, "Les délégations peuvent demander à entendre les ministres ainsi que des représentants des institutions des communautés. Elles peuvent inviter à participer à leur travaux, avec voix consultative, les membres français du Parlement européen".

encourager les ministres concernés à déférer aux demandes d'audition. Les ministres avaient, en effet pris pour règle depuis 1984 (date de la première audition du ministre des affaires européennes) - parce qu'une délégation n'est pas une commission - de n'accepter l'audition qu'à la condition qu'elle se déroule au cours d'une réunion en commun des deux organismes de l'Assemblée nationale et du Sénat. Pour autant il ne s'agit pas le moins du monde d'une comparution obligatoire puisque le texte de l'article 4 prend la précaution de préciser que les délégations "peuvent demander" l'audition des ministres. Les délégations ne peuvent que solliciter les auditions.

- Les représentants des institutions des communautés : le fait d'inscrire dans la loi, leur audition éventuelle institutionnalise aussi une pratique mais correspond de surcroît au souci de mettre en lumière la nécessité de renforcer la coopération entre les institutions nationales et les institutions communautaires. La formule retenue permet donc aux membres des délégations d'entendre les membres de la Commission des Communautés, les membres du parlement européen et notamment les rapporteurs sur les projets de directives des commissions spécialisées.

- Enfin un sort particulier, en quelque sorte plus favorable, est prévu pour les Eurodéputés français à exemple de ce qui existe chez des organes comparables des parlements nationaux de nos partenaires ; en particulier au Bundestag où les membres allemands du Parlement européen participent régulièrement aux travaux de la sous commission compétente. Désormais, les eurodéputés français pourront participer, avec voix consultative aux travaux des délégations parlementaires.

B - La diffusion de l'information

L'expérience a prouvé aux membres des délégations qu'être informé, cogiter sur ces informations, rédiger des conclusions à l'intention de leur assemblée ne suffit pas. Encore faut-il que ces conclusions et ces rapports puissent être diffusés utilement. Les parlementaires constatent avec amertume que tel n'est pas le cas. La publicité de leurs travaux est chichement limitée.

La loi de 1979 dans le paragraphe V de l'article 6 bis prévoyait deux manières de diffuser les travaux des délégations. La première consistait en l'établissement d'un rapport semestriel d'information à l'usage de chaque assemblée. Celui-ci qui traite -comme nous l'avons vu- de toutes les questions qui ont pu se poser dans la communauté au cours d'un semestre, est déposé sur le bureau de chaque chambre, enregistré et distribué comme rapport parlementaire d'information avec la distribution très large assurée aux rapports de cette nature. La seconde modalité de publicité était purement interne aux assemblées et en principe, limitée aux commissions permanentes ; la loi disposant en effet que «les délégations... soumettent leurs conclusions aux

commissions parlementaires compétentes". Toutefois, dans la pratique, cette diffusion a été quelque peu étendue (75).

On comprend, dès lors, que les parlementaires aient souhaité donner plus d'écho aux travaux des délégations, non seulement pour améliorer leur propre information, mais aussi pour favoriser celle de l'opinion publique et des partenaires économiques et sociaux sur les enjeux européens.

Un dispositif destiné à assurer de meilleures conditions de publicité de ces travaux a généré une divergence entre les deux chambres sur l'octroi ou non aux délégations parlementaires de la capacité d'organiser elles-mêmes la diffusion de leurs avis, conclusions et documents.

- L'Assemblée nationale souhaitait confier aux délégations la maîtrise de la publicité de leurs travaux. Les députés ont marqué leur préférence pour l'établissement de rapports spécialisés, portant sur des sujets précis, adaptés à l'actualité du processus de réalisation du marché unique et publiés -afin de connaître une plus large diffusion- sous la forme de rapports parlementaires d'information à l'instar des rapports semestriels (76). Ils ont donc adopté en première lecture une disposition en vertu de laquelle "les délégations transmettent des rapports, assortis ou non de conclusions, aux commissions parlementaires compétentes. Elles peuvent décider de les déposer sur le bureau de leur assemblée respective afin qu'ils soient publiés comme rapport d'information" (77). Ce texte offrait donc le choix entre une simple transmission des rapports aux commissions compétentes et leur publication comme rapport d'information (78). Il n'apparaissait pas nécessaire, aux yeux des députés, de consulter le bureau de la chambre concernée, pour savoir si ces documents devaient être publiés comme rapport d'information ; il leur semblait préférable de laisser le bureau de

(75) Par exemple, le paragraphe 13 de l'article 22 de l'Instruction générale du Bureau de l'Assemblée Nationale, tel qu'il résulte d'un arrêté du Bureau du 14 octobre 1981 dispose «... les conclusions de la délégation de l'Assemblée Nationale pour les Communautés européennes sont imprimées et distribuées par les services de l'Assemblée Nationale». Elles sont donc mises à la disposition des parlementaires, mais n'ont pas le caractère d'un document parlementaire, portant un numéro d'enregistrement, annoncé en séance et diffusé à l'extérieur». Cf. proposition de Loi Josselin, op. cit., p. 5.

(76) En dépit des réticences des sénateurs, la loi de 1990 a supprimé l'exigence des rapports semestriels qui n'ont pas eu, en raison de la lourdeur de leur mode d'établissement, le résultat escompté. A contre courant de l'opinion majoritaire de ses collègues le sénateur Jossy Moinet soulignait «Le rapport élaboré en janvier et publié au mois de juin présente beaucoup moins d'intérêt...» J.O. Débats Sénat séance du 27 avril 1989, p. 462.

(77) J.O. Débats A.N. séance du 11 avril 1989, p. 110.

(78) Position partagée par le Président de la délégation du Sénat, M. Genton "nous demandons que les autres rapports et conclusions portant sur des thèmes précis de la vie de la Communauté puissent être publiés sous forme de documents parlementaires afin que leur diffusion à tous nos collègues en soit facilitée, contribuant ainsi à une bonne et complète information", J.O. Débats Sénat séance du 27 avril 1989, p. 457.

la délégation parlementaire statuer sur ce point (79). En bref, le Bureau de la chambre était dépossédé au profit du Bureau de la délégation.

- Le Sénat, quant à lui, s'est montré favorable au principe de l'établissement de rapports thématiques, mais en revanche a récusé les modalités de publicité, en l'espèce l'élimination de l'intervention du Bureau de la chambre intéressée. Manifestant, une vigilance sourcilieuse à l'égard du respect de la Constitution, il a craint, qu'en ce domaine encore, les délégations parlementaires ne se comparent aux commissions permanentes (80). Le respect de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel lui a semblé indispensable.

M. Larché, président de la Commission des Lois a attiré l'attention sur le fait que le Sénat devait appliquer aux rapports des délégations parlementaires les règles prévues, par son règlement intérieur, pour les rapports des missions d'information créés par les commissions permanentes (81). Or selon l'article 21 alinéa 4 de ce règlement "sauf décision contraire du Bureau, les rapports d'information font obligatoirement l'objet d'une publication, dans le délai fixé par le Bureau, sur proposition de la Commission". Il n'apparaissait pas possible, aux yeux des sénateurs que les rapports d'information de la délégation parlementaire fassent l'objet d'un traitement plus favorable que ceux des commissions permanentes. M. Larché l'a dit clairement : « Nous n'allons pas donner plus de pouvoirs à la délégation qu'à une commission » (82).

Les sénateurs ont donc réclamé et imposé la restauration de l'intervention du Bureau respectif des chambres (83).

Afin de laisser à chaque assemblée, le soin de fixer les modalités de publication des rapports des délégations, la loi précise dans son article 6 qu'ils sont publiés sous une forme définie par le Bureau de chaque assemblée. Cette rédaction a l'avantage de ne pas subordonner à une décision préalable la publication de chaque rapport, dans la mesure où elle invite le Bureau à fixer les règles de publication (84).

(79) Cette disposition présentait l'avantage de permettre une diffusion rapide du rapport, car l'intervention du Bureau d'une chambre est génératrice de retard. Comme le rappelle le Sénateur Joisy Moinet «... les réunions de bureau des assemblées sont assez irrégulières et il peut s'écouler un temps assez long entre le moment où le rapport est déposé sur le bureau et celui où ledit bureau donne l'autorisation de le publier», J.O. Débats Sénat séance du 27 avril 1989, p. 462.

(80) Pour le Sénateur P. Girod rapporteur du texte de loi «Chaque délégation organise la publicité de ses travaux, mais dans les conditions définies par le règlement de l'assemblée dont elle dépend ; de même ses rapports sont publiés sous une forme qu'a arrêtée le bureau de son assemblée et non pas suivant des méthodes ou des présentations qui seraient le fait de décisions unilatérales des délégations. Ce ne sont pas des commissions, mais seulement des délégations», J.O. Débats Sénat séance du 14 juin 1989, p. 1538.

(81) J.O. Débats Sénat séance du 27 avril 1989, p. 463.

(82) J.O. Débats Sénat séance du 27 avril 1989, p. 463.

(83) Cf. P. Girod, Rapport au Sénat n° 355 (1988-1989), op. cit., p. 15.

(84) En outre, selon le rapporteur P. Girod, "Il s'agit de faire en sorte que par leur présentation externe, les rapports de la délégation se distinguent des rapports parlementaires classiques", J.O. Débats Sénat séance du 14 juin 1989, p. 1543.

La mission d'information des délégations parlementaires sera d'autant plus efficace que l'on donnera à leur saisine un caractère plus systématique.

2° LES COMPÉTENCES DE CONSULTATION

L'accroissement des compétences consultatives des délégations parlementaires pour les communautés européennes est le sujet sur lequel le désaccord entre les deux chambres s'est révélé le plus profond et le plus durable. Il suscitait au Sénat la crainte de voir les organismes se substituer aux commissions permanentes. Les sénateurs ont donc manifesté leur hostilité au dispositif prévu par l'Assemblée Nationale car il visait selon eux à «conférer aux délégations parlementaires, subrepticement le statut de commissions... et cela ne pourrait se faire sans modifier l'article 43 de la Constitution» (85).

L'article 5 de la loi est le plus novateur parce qu'il définit les compétences des délégations parlementaires jusqu'alors assez imprécises et donc limitées. Il clarifie leurs compétences consultatives qui sont soit facultatives, soit obligatoires.

A - Les compétences consultatives facultatives

Les délégations peuvent se livrer, comme précédemment à un pré-examen des documents communiqués par le gouvernement, être saisies par les commissions permanentes ou spécialisées. Mais les sénateurs ont refusé leur saisine - à fin de consultation par le gouvernement.

a) Le pré-examen des textes communiqués

Le texte de 1991 reprend celui de 1979, explicitant la compétence des délégations qui est de faire connaître aux commissions parlementaires compétentes les informations et communications dont elles sont destinataires et d'y joindre, le cas échéant, leurs analyses et éventuellement leurs conclusions.

La délégation examine les documents qui lui sont transmis par le gouvernement, et opère une sélection, car dans le fatras des textes communiqués, il y en a de caractère très technique (qui en droit français seraient de nature réglementaire) et qui ne méritent évidemment pas de

(85) Selon les termes de M. Poncelet, J.O. Débats Sénat séance du 14 juin 1989, p. 1542. De son côté, dans son rapport au Sénat M. Girod écrivait «Dans la mesure où les délégations parlementaires pour les communautés européennes se trouveraient dotées de pouvoirs comparables à ceux des commissions saisies pour avis et qu'elles recevraient en outre le droit de s'autosaisir et, contrairement à l'article 17 du règlement du Sénat, de formuler spontanément, sans avoir préalablement recueilli l'approbation de l'Assemblée, un avis sur tout projet, proposition, article de loi ou crédit budgétaire ayant trait à l'un des domaines couverts par l'activité des communautés, il est difficile de ne pas voir dans le texte de l'Assemblée nationale, une assimilation des délégations à une septième commission permanente» in Rapport n° 262 (1988-1989), op. cit., p. 15.

retenir l'attention des parlementaires (86). Mais la pratique suivie au cours des dix dernières années, montre qu'il est difficile de les considérer, à l'instar de M. Couve de Murville, comme de simples répartiteurs de documents, d'organes de "dispatching".

En effet selon un haut fonctionnaire de l'Assemblée nationale «Les documents et les thèmes d'études choisis sont répartis entre les membres de la délégation qui, généralement spécialisés dans un secteur d'activité, sont chargés de présenter des rapports... A l'issue de leurs travaux les délégations délibèrent comme les commissions et adoptent des conclusions en forme de recommandations» (87). Les conclusions, qui expriment les opinions de la délégation, sont transmises à chacun des membres des commissions permanentes intéressées.

b) La consultation facultative par les commissions

Les commissions permanentes ou spécialisées peuvent solliciter l'avis des délégations (88). Le dispositif prévoit à cette fin la saisine pour avis de la délégation par une commission :

- de toute acte ou projet d'acte communautaire (donc intervient en amont de la décision communautaire)
- de tout projet de texte législatif ayant trait aux domaines couverts par l'activité des communautés, afin que les commissions permanentes et les assemblées, avant de prendre des décisions qui incombent à elles seules, soient averties des éventuelles implications de ces textes (cela permettant d'éviter telle ou telle erreur dans le travail législatif de cette assemblée) (89), ou s'il s'agit d'un projet de loi relatif à la transcription d'une directive communautaire (donc en aval de la décision communautaire), soient au fait des conditions dans lesquelles cette disposition a été adoptée (90).

Grâce à la connaissance systématique qu'elles auront ainsi des normes européennes, au stade de leur élaboration, elles pourront alerter

(86) "Au vu des 3000 documents reçus annuellement par l'Assemblée nationale le bureau de chaque délégation opère un tri et propose un choix que les membres avalisent généralement... On peut considérer que, selon cette méthode, environ un dixième des documents est retenu pour faire l'objet d'un examen, les autres sont répertoriés, classés et tenus à la dispositions des utilisateurs éventuels", J. Desandre, «Les délégations parlementaires, Bilan et questions» R.D.P. 1984, p. 87.

(87) J. Desandre : idem

(88) L'autosaisine des délégations qui figurait dans la proposition de loi de M. Josselin -selon laquelle «les délégations... peuvent se saisir de leur propre initiative de tout projet d'acte communautaire et de tout projet de texte législatif ayant trait aux domaines couverts par l'activité communautaire» (art. 3)- a été écartée dès la première lecture par les députés à la demande du secrétaire d'État M. de Beaucé, J.O. Débats A.N. séance du 11 avril 1989, p. 109.

(89) Selon le rapporteur M. Lamassoure «on ne peut exclure en effet qu'une commission qui examine un texte portant sur un domaine dans lequel la Communauté est déjà intervenue ou doit intervenir souhaite recueillir l'avis de la délégation pour s'assurer que les dispositions qu'elle va voter sont conformes à la réglementation européenne» in Rapport n° 559 (1988-1989), op. cit. p. 18.

(90) Cf. C. Josselin, J.O. Débats A.N. séance du 16 mars 1989, p. 885.

les commissions et donc les chambres sur les questions d'"eurocompatibilité" que posent les textes soumis à leur examen.

Il s'agit là -selon le rapporteur du texte M. Lamassoure- non d'une véritable innovation mais de la simple institutionnalisation d'une pratique suivie depuis quelques années par la délégation parlementaire de l'Assemblée Nationale (91).

Ce dispositif qui permet d'améliorer l'information des commissions parlementaires est apparemment tout à fait pertinent car d'une part les commissions parlementaires ont l'initiative de la saisine de la délégation (comme le souhaitait le Sénat) et pilotent donc complètement leurs activités ; d'autre part le droit de saisine alloué aux commissions devrait permettre d'optimiser l'usage, par chaque chambre, de sa délégation.

c) Le refus de la consultation par le gouvernement

Le texte adopté en première lecture par l'Assemblée nationale prévoyait que le gouvernement pourrait consulter les délégations parlementaires soit sur tout projet d'acte communautaire, soit sur tout projet de loi ou de règlement ayant trait aux domaines couverts par l'activité des communautés. Il s'agissait d'un champ très large ouvert à la consultation, puis qu'il couvrait à la fois le domaine et législatif et réglementaire, portait non seulement sur les textes qui transposent dans le droit national des normes européennes, mais également tous ceux qui traitent d'une matière dans laquelle la communauté pourrait intervenir.

Ce faisant les députés n'ont exprimé rien d'autre que le désir de fournir, en pleine conformité avec la décision du Conseil Constitutionnel, aux autorités gouvernementales compétentes des «informations et des suggestions» (92), sans qu'en aucun cas l'avis des délégations ait force obligation à l'égard de quiconque.

Les sénateurs se sont opposés à ce que le gouvernement consulte ainsi directement les délégations parlementaires. Deux arguments justifiaient leur refus de cette procédure :

- Elle conduisait à transformer un organisme parlementaire en conseil du gouvernement qui pourrait lier aussi, par avance, les commissions et le parlement qui auraient à connaître de ces textes (93).

- Elle transformait les délégations en interlocuteur privilégié du gouvernement. «Si nous créons une occasion de dialogue entre le gouvernement et les délégations, exposait M. Girod, les groupes et les commissions permanentes y étant représentées, on va ainsi créer un second parlement français. En effet, trente six de nos collègues auront un dialogue direct avec le gouvernement...» (94).

Dans un but de conciliation, l'Assemblée Nationale a convenu que la rédaction qui aurait permis au gouvernement de saisir directement pour avis les délégations parlementaires, en passant par dessus la tête des commissions permanentes, pouvait leur donner un rôle trop

(91) J.O. Débats A.N. séance du 29 juin 1989, p. 2619.

(92) D.C. n° 84-142 du 27 juillet 1982, Rec. p. 52.

(93) P. Girod rapport n° 262 (1988-1989), op. cit. p. 16.

(94) J.O. Débats Sénat séance du 14 juin 1989, p. 154.

important, en faire en quelque sorte des quasi-commissions permanentes ; et pour dissiper cette ambiguïté, a décidé de s'en tenir au texte du Sénat.

B - La compétence consultative obligatoire

Le dernier alinéa de l'article 5 dispose enfin que les délégations «examinent les projets de directives, de règlements et autres actes communautaires avant leur adoption par le Conseil des Communautés Européennes». Cette rédaction, à l'indicatif présent, conduit à penser que l'examen est une obligation pour les délégations (95).

Cet examen, en amont de la décision communautaire n'est susceptible d'avoir une valeur opératoire que s'il est effectué de manière à ce que les commissions et les assemblées soient informées le plus tôt possible de la teneur des projets communautaires et des discussions qui se déroulent à leur sujet au sein des instances de la Communauté.

Dans cette perspective, si en vertu de l'article 4, la communication des projets de textes aux délégations est effectuée dès leur transmission au Conseil des Communautés, leur analyse et les avis subséquents doivent avoir lieu avant l'adoption par ledit Conseil.

Relevons, au passage, que le Sénat, une fois n'est pas coutume, a proposé et fait adopter une modification étendant le champ de l'examen en ne le subordonnant pas au respect de la répartition des matières telle qu'elle résulte des articles 34 et 37 de la Constitution. Il a paru peu opportun, en effet, aux sénateurs de limiter la capacité d'examen de la délégation au seul domaine de la loi dès lors que les directives mêlent souvent des dispositions qui font appel pour leur transposition en droit interne à des normes tant législatives que réglementaires (96). Cet examen obligatoire connaît toutefois une double limite : d'une part le gouvernement n'est pas lié par l'avis ; d'autre part il n'est pas une formalité substantielle qui empêcherait le gouvernement français de se prononcer en Conseil des Communautés s'il n'avait pas préalablement soumis le projet de texte aux délégations.

En définitive cet examen préalable obligatoire semble devoir générer deux effets bénéfiques. D'abord, les commissions et les chambres du Parlement pourront être informées le plus tôt possible des projets communautaires et des discussions qui se déroulent au sein des institutions de la Communauté à leur sujet. Ensuite le gouvernement pourra recueillir l'opinion des délégations sur les travaux en cours. Et ce retour d'information est appréciable si l'on en croit le secrétaire

(95) Alors que le texte de la proposition de loi de M. Josselin disposait que "elles examinent obligatoirement...", le secrétaire d'État M. de Beaucé a obtenu de l'Assemblée Nationale la suppression du mot "obligatoirement". Arguant que "le présent de l'indicatif qui en droit vaut impératif, oblige les délégations parlementaires, mais ne fait pas obstacle en cas de carence ou de lenteur de leur part, à ce que la procédure suive normalement son cours", J.O. Débats A.N. séance du 11 avril 1989, p. 109.

(96) Cf. l'intervention du rapporteur M. Girod, J.O. Débats Sénat séance du 14 juin 1989, p. 1541.

d'État M. de Beaucé «le gouvernement ne voit que des avantages et a même un intérêt évident... à pouvoir bénéficier des avis pertinents des parlementaires sur les textes qu'il doit négocier au nom de la France à Bruxelles, et sur le déroulement du processus de réalisation de l'union européenne» (97).

S'il est encore trop tôt pour se prononcer sur l'efficacité de la réforme, une constatation d'évidence ressort de l'examen de ce nouveau dispositif : il ne remédie que de façon mineure aux insuffisances qui sont apparues dans le fonctionnement des délégations parlementaires aux communautés européennes depuis leur création en 1979. La réussite suppose une coordination sans réserve de la part du gouvernement et une meilleure utilisation par chaque assemblée de sa délégation parlementaire (le droit de saisine donné aux commissions permanentes peut y contribuer).

Plus fondamentalement la distorsion persistante entre la puissance et la dynamique communautaire -par l'effet de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, par les conséquences de l'Acte unique et par l'efficacité de la théorie de l'acte utile qui est constamment appliqué par la Commission- et le caractère sommaire du dispositif institutionnel des délégations ne permet pas d'apporter une réponse satisfaisante aux besoins d'information du Parlement sur les travaux en cours au sein des Communautés.

Dès lors on peut être amené à considérer que la solution la plus efficace actuellement, et pour une durée indéterminée -au problème du déficit démocratique et de l'insuffisante transparence du fonctionnement de la Communauté- réside dans l'intensification du contrôle exercé par les parlements nationaux sur les affaires communautaires dans le cadre de leur contrôle général de l'exécutif national. Dans une telle perspective, les délégations parlementaires pour les communautés européennes pourraient être avantageusement remplacées par des commissions permanentes spécialisées chargées de suivre les affaires européennes. Mais cela impliquerait une révision constitutionnelle relative au nombre des commissions ; et l'on sait que, sous la Vème République, la révision de la Constitution n'est pas une tâche aisée.

(97) J.O. Débats A.N. séance du 11 avril 1989, p. 105.

LES PROBLÈMES CONSTITUTIONNELS DE LA SUCCESSION DU STATUT IMPÉRIAL AU JAPON

Par

Yuko MOTTEKI
Université de Meiji-Gakuin (Tokyo)

Au Japon, l'année 1989 a commencé par un événement historique. L'Empereur Hirohito est décédé le 7 janvier. Cet événement fut annoncé par les journaux dans le monde entier (1) et provoqua beaucoup de discussions sur les problèmes historiques, sociaux et politiques du système impérial. Sur le plan du droit constitutionnel, quels sont les problèmes ?

Les Japonais ont été confrontés, pour la première fois, sous le régime constitutionnel actuel, aux problèmes de la succession du statut impérial. Le feu Empereur a connu deux régimes constitutionnels durant lesquels le statut impérial fut différent. La Charte de Meiji (2) avait institué le régime de l'Empereur divin. L'Empereur tenait non seulement sa légitimité des dieux shintoïstes (les ancêtres de la famille impériale), mais il était lui-même considéré comme un Dieu. Et il possédait le pouvoir souverain (art. 4 de la Charte de Meiji) (3). Au contraire, la Constitution actuelle de 1946 déclare que "le souverain pouvoir est détenu par le peuple" (Préambule) (4) et que "L'Empereur est le symbole de l'État et de l'unité du peuple ; il doit ses fonctions à la volonté du peuple en qui réside le pouvoir souverain" (l'art. 1). En ce qui concerne

(1) M. T. Fukase a analysé les articles des journaux étrangers sur le décès de l'Empereur Hirohito "*Kokusaigakkai Kara Mita Shōtchō Tenno Sei (jyō)*". ("L'Empereur-Symbole vu par la doctrine internationale") in : "Juriste", n° 933, 5-15 mai 1989 (n° fusionné).

(2) Le texte constitutionnel octroyé en 1889. Bien que ce texte fût appelé "la Constitution du Grand Empire du Japon", la traduction "Charte" a été choisie volontairement parce qu'elle a été octroyée par l'Empereur.

(3) La Charte de Meiji est traduite par M. J. Robert, in : "Le Japon", L.G.D.J. 1969, p. 493-500.

(4) Tous les articles de la Constitution japonaise de 1946 cités dans le présent article sont issus de la traduction par M. T. Fukase (traduction française recommandée par le Ministère des affaires Étrangères), v. "Études de Droit Japonais", Société de Législation Comparée, 1989, p. 362-370.

la relation entre l'État et la religion, la même Constitution reconnaît expressément le principe de laïcité. "...Aucune organisation religieuse ne peut recevoir de privilèges quelconques de l'État, pas plus qu'elle ne peut exercer une autorité politique" (l'art. 20, alinéa 1). "L'État et ses organes s'abstiendront de l'enseignement religieux ou toutes autres activités religieuses" (l'art. 20, alinéa 3). "Aucun denier public, aucun bien de l'État ne peut être affecté au profit ou au maintien d'une institution ou association religieuse, quelle qu'elle soit" (l'art. 89).

Donc, sur le plan constitutionnel, nous pourrions partager la remarque de M. Robert concernant le Préambule et l'art. 1 de la Constitution de 1946 : "ils marquent une rupture définitive avec le passé" (5).

Cependant, la succession du statut impérial révèle une certaine complexité. La difficulté réside dans la coexistence de ces nouveaux principes constitutionnels avec les traditions nées sous la Charte de Meiji qui restent dans la famille impériale et dans la mentalité de la plupart des japonais.

La religion de la famille impériale reste le shintoïsme qui est aussi celle de la plupart des japonais (6). Il s'agit rien de moins que de la confrontation du principe de laïcité avec cette réalité. L'Empereur, en tant qu'organe constitutionnel a le devoir de respecter la Constitution (7). Mais l'Empereur, en tant que personne privée a la liberté de culte (8). Comment peut-on distinguer ces deux aspects qui résident en un même personnage (9) ?

C'est dans ce contexte, que les problèmes constitutionnels de la succession du statut impérial sont au carrefour entre le droit et la tradition (10) Les problèmes concernant l'Empereur et la famille impériale sont immenses. Par exemple, les cérémonies d'obsèques de l'ancien Empereur ont provoqué beaucoup de controverses. Les événements autour de son décès étaient révélateurs de la situation constitutionnelle

(5) J. Robert, op. cit., note (3), p. 274.

(6) D'après l'annuaire des religions (Agence des Affaires Culturelles, 1986), les shintoïstes sont 112.107.000. V. "Japan 1987, An International Comparison", Keizai Kôhō Center (Institut Japonais des Affaires Sociales et Économiques), 1987, p.92. V. aussi, J.P. Berthon, "Le fait religieux au Japon" in : "L'État du Japon", Édition La Découverte, 1988, pp. 217-219.

(7) Art. 99, "L'Empereur et le Régent, les ministres d'État, les membres de la Diète, les juges et tous autres fonctionnaires sont tenus de respecter et de défendre la présente Constitution." V. Fukase, "Études de Droit Japonais", op. cit., note (4), p. 370.

(8) A propos des droits fondamentaux de l'Empereur et les membres de la famille impériale, v. l'entretien auquel ont participé MM. N. Ashibe, I. Sato, H. Tanaka, K. Fukuda, "*Shôchô Tenno-sei no Yonjû-ni-nen to Kôgo no Kadai*" ("42 ans de l'Empereur-Symbole et les Problèmes de l'Avenir), "Juriste", n° 933, 5-15 mai, 1989 (n° fusionné), pp. 2-27. Le problème consiste à savoir si l'Empereur et les membres de la famille impériale bénéficient des droits fondamentaux de la même façon que le peuple.

(9) L'aspect public du statut impérial tient au fait que l'Empereur est le symbole de l'État et de l'unité du peuple (art. 1 de la Constitution) Il ne dispose que des fonctions énumérées par l'article 7 de la Constitution. (V. "Études de Droit Japonais", op. cit., note (4)). Mais l'Empereur a aussi un statut personnel détaché de ses fonctions étatiques. (V. K. Sato, "Kenpô" (Constitution), Seirin Shoin Shinsha 1ère éd, 1982, p. 173). Or, la réponse à la question qui provoque la controverse, de savoir si l'Empereur est le Chef d'État et de savoir s'il est le monarque dépend de la définition du "Chef d'État" et du "monarque". Ce qui est important au Japon en matière du statut impérial est de savoir quels pouvoirs sont contenus dans la définition par chaque auteur de ces deux mots.

(10) B. Gollnisch-Flourens, "L'institution Impériale au Japon", R.D.P., 1979, p. 1124.

japonaise : décalage entre les valeurs constitutionnelles actuelles et la réalité, c'est-à-dire les pratiques qui favorisent les valeurs de la Charte de Meiji, qui mettent en cause le principe de la souveraineté populaire, la garantie des droits fondamentaux. Néanmoins, nous nous limiterons à l'examen de ceux relatifs à la succession du statut impérial. Nous analyserons donc le régime juridique de la succession (I) puis les problèmes constitutionnels qu'elle soulève (II).

I - SUCCESSION DU STATUT IMPÉRIAL SELON LA CONSTITUTION DE 1948 ET LA LOI DE LA MAISON IMPÉRIALE

L'article 2 de la Constitution prescrit que "Le trône impérial est dynastique et la succession se fait conformément à la Loi adoptée par la Diète".

Sous le régime de la Charte de Meiji, les affaires de la famille impériale étaient soumises entièrement à la libre décision de la famille impériale. Donc, le Parlement n'avait pas le droit d'intervenir (Charte de Meiji, art. 74, alinéa 1). Or, selon la Constitution de 1946, "la succession se fait conformément à la loi adoptée à la Diète." (art.2). L'ancienne loi de la Maison Impériale a été abolie et la nouvelle loi a été mise en vigueur le 3 mai 1947, à la même date que la mise en vigueur de la nouvelle Constitution. Donc, la loi de la Maison Impériale actuelle est différente de celle du régime de la Charte de Meiji, même si son appellation est identique.

L'art. 4 de la loi de la Maison Impériale affirme qu' : "Au décès de l'Empereur, le Prince Héritier doit accéder au Trône immédiatement" (11). Dès lors, au moment même du décès de l'ancien Empereur, la succession est achevée. Les cérémonies concernant la succession, analysées plus loin, ne sont pas les conditions nécessaires de la succession.

La seule cause de la succession est le décès de l'ancien Empereur. Sous la loi de la Maison Impériale actuelle, il n'y a pas de possibilité d'abdication. Cependant, puisqu'il n'existe pas d'interdiction constitutionnelle, l'abdication peut être reconnue par la législation. Certains auteurs remarquent le risque de l'engagement politique de l'Empereur ou l'usage politique de ce système par les pouvoirs politiques (12). Il s'agit de savoir si l'abdication qui permet de contrôler le bon fonctionnement du système impérial par le peuple (dans ce contexte, l'abdication peut être considérée comme une révocation par le peuple) est favorable pour réaliser la démocratie, et de savoir si l'Empereur ne veut plus rester sur le trône lorsqu'on peut l'obliger à y rester.

En ce qui concerne les principes de la succession, on doit citer, tout d'abord, l'art. 1 de la loi de la Maison Impériale selon lequel "Le Trône Impérial doit revenir pour sa succession à un descendant mascu-

(11) Traduction française de la loi de la Maison Impériale dans cet article est faite par l'auteur. Concernant la traduction officielle en anglais de cette loi, v. Official Gazette (English Edition), Government Printing Bureau, n° 237, le 16 janvier 1947, pp. 1-3.

(12) K. Yokota, "*Kôshitu Tenpan*", *Shi-chû (jyô)*" ("La Loi de la Maison Impériale", *Commentaire Privé I*), in "*Horiu Jihô*", Vol. 61, n° 1, 1989, p. 75.

lin dans la ligne de masculinité appartenant à la Lignée Impériale". Le problème constitutionnel intéressant à analyser à propos de cet article est celui de la négation de la possibilité d'accès au Trône des femmes. Cette "masculinité" peut être considérée comme un des exemples du "régime Salique" (13). Dans ce type de régime, non seulement l'accès au Trône de la femme est exclu, mais aussi celui des descendants de la ligne féminine.

Cependant, puisque cette "masculinité" n'est pas une exigence constitutionnelle comme sous la Charte de Meji (art.2), elle peut être abolie par la législation. Déjà au cours de l'adoption de la loi de la Maison Impériale, ce problème a été discuté du point de vue de l'égalité des sexes qui est affirmée explicitement dans la nouvelle Constitution (14). Mais l'accès au Trône par la femme n'a pas été accepté.

Le problème consiste à savoir si ce refus a des fondements rationnels pour être compatible avec l'article 14 de la Constitution qui garantit le principe d'égalité (15). M. K. Yokota, l'auteur du "Commentaire Privé de la Loi de la Famille Impériale" (16) expose les raisons qui sont avancées pour s'opposer à l'accès au Trône de la femme. Il en résulterait l'instabilité du Trône, des problèmes complexes relatifs à l'époux de l'Impératrice. En outre, la capacité de la femme à exercer des fonctions publiques serait inférieure à celle de l'homme. Sans compter qu'il apparaît inutile d'accroître les charges budgétaires en multipliant les candidats au Trône, ou encore de risquer d'aboutir à une confusion entre le monarque et ses sujets.

Toutefois, selon le même auteur (17), aucune de ces raisons ne peut être justifiée. Le premier problème serait résolu sans difficulté si la succession par les descendants par filiation maternelle était reconnue. Le problème du choix et du statut de l'époux peut se poser aussi à l'Empereur. En ce qui concerne la capacité de la femme, ce n'est qu'un préjugé. La diminution des charges budgétaires doit être réalisée différemment. La dernière raison n'est qu'une idée féodale inadmissible sous la Constitution actuelle qui proclame explicitement la souveraineté du peuple (18).

(13) Y. Yoshida, "Kôji Keishô" ("La Succession du Statut Impérial"), in "Shôchô Tenno Sei no Kiso Niju-kô" ("Vingt Cours Élémentaires sur l'Empereur Symbole", (par R. Arikura, A. Osuga, Y. Inada, Y. Yoshida), in "Hôgaku Seminer" Série Numéros Spéciaux Syntétiques 1, Nihon Hyôron Sha, 1977, pp. 216-217.

(14) Y. Yoshida, "Tenno no Taii to Jyo-Tei Kinshi" ("Abdication de l'Empereur et l'Interdiction d'Accès au Trône par la Femme", in "Vingt Cours Élémentaires sur l'Empereur-Symbole", op. cit., note (13), pp. 218-219.

(15) Au Japon, les critères de la rationalité de traitements différents sont, grosso modo, comme les suivants : 1) Le traitement différent ne doit pas se fonder sur les conditions innées. 2) La finalité d'intérêt public qui rend *indispensable* doit être constatée. 3) Il faut y avoir la proportionnalité entre les mesures et la finalité.

(16) K. Yokota, op. cit., note (12), p. 76.

(17) K. Yokota, op. cit., note (12), p. 77.

(18) Le problème de terminologie se pose à propos de la notion de "souveraineté" : celle-ci, dans la Constitution japonaise correspond-elle en français à "la souveraineté populaire" ou "la souveraineté nationale" ? Le mot employé dans la Constitution japonaise est "kokumin" (nation) bien que le terme en anglais soit "people". Par ailleurs, dans la Constitution, il y a des éléments qui correspondent à "la souveraineté populaire" : référendums en matière de révision constitutionnelle (art. 96) et de législation locale (art. 95), par exemple.

De toute façon, puisque le Prince Héritier actuel est à la fois fils aîné et enfant aîné de l'Empereur, ce problème n'est pas encore à l'ordre du jour sur le plan pratique.

L'art. 2 de la loi de la Maison Impériale énumère les membres de la famille impériale qui ont le droit de succession : il s'agit dans l'ordre : 1) du fils aîné de l'Empereur, 2) du fils aîné du fils aîné de l'Empereur, 3) d'autres descendants du fils aîné de l'Empereur, 4) du deuxième fils de l'Empereur et de ses descendants, 5) D'autres descendants de l'Empereur, 6) des frères de l'Empereur et de leurs descendants, 7) des oncles de l'Empereur et de leurs descendants.

A défaut de ces sept cas, le membre masculin le plus proche de la filiation directe de l'Empereur devient successeur.

Au cas où, lors du décès de l'Empereur, son épouse serait enceinte d'un premier enfant, il est presque acquis, sur le plan de la doctrine, que cet enfant n'aurait pas le droit de succéder à son père (19).

La succession du Trône entraîne le changement de l'ère. L'ère japonaise remonte à des temps très lointains (On dit que c'est à partir de 645. l'ère "Taika") (20). Le principe de "un Empereur pour une ère" a été établi à l'époque de Meiji (1868). Ce principe a été aboli après la deuxième guerre mondiale. Cependant, il a été rétabli par la loi de changement de l'ère qui a été promulguée en 1979. Selon cette loi (article unique), "L'ère est décidée par décret" (alinéa 1), "L'ère doit être changée lors de la succession au Trône" (alinéa 2). Donc, au Japon, il y a coexistence de l'ère chrétienne avec l'ère japonaise (1990 est la deuxième ère de "Heisei" en ère japonaise).

Cette coexistence entraîne certaines controverses. Surtout, à propos des fiches administratives, s'il y a une obligation d'inscription en ère japonaise, ceci provoquera la violation de la liberté d'expression.

II - LES PROBLÈMES CONSTITUTIONNELS DES CÉRÉMONIES CONCERNANT LA SUCCESSION DU STATUT IMPÉRIAL

Comme nous l'avons déjà vu, la succession est achevée dès le décès de l'ancien Empereur. Dès lors, les cérémonies ont pour fonction de faire savoir que la succession du statut impérial est intervenue.

C'est ici que l'on se trouve au carrefour entre le droit et la tradition. Car la famille Impériale, en tant que personne privée, est fortement liée à la religion shintoïste bien que la Constitution de 1946 applique le principe de laïcité, et que l'Empereur, en tant qu'organe d'État, soit soumis à ce principe.

Sous le régime actuel, une seule disposition à propos des cérémonies concernant la succession du statut impérial est l'art 24 de la loi de la Maison Impériale : "Lorsqu'il y a la succession au Trône, la cérémonie d'Accession doit avoir lieu". Les dispositions comme

(19) K. Yokota, op. cit., note (12), p. 77.

(20) V. Le commentaire du Chapitre 1 de la Constitution japonaise par M. Y. Higuchi, in : "Chūkai Nihon-koku Kenpō" (jyō-kan) ("Commentaire de la Constitution Japonaise (Tome I)") (par Y. Higuchi, K. Sato, M. Nakamura N. Urabe), Seirin Shoin Shin Sha, 1984, pp.79-80.

"*Tokyôku Rei*" qui réglementaient les cérémonies de la famille Impériale sous le régime de la Charte de Meiji ont été abolies à cause de l'incompatibilité de leurs éléments shintoïstes avec le principe de laïcité de la Constitution de 1946.

Ceci a un double effet : d'une part, cette suppression a enlevé les éléments shintoïstes du régime juridique concernant les cérémonies de la famille Impériale, d'autre part, elle a laissé une certaine marge d'interprétation au gouvernement.

Tout d'abord, l'État ne peut pas organiser de cérémonies religieuses en vertu de l'art. 20 (al. 1 et 3) et l'art. 89 de la Constitution.

A propos des cérémonies qui sont présidées par l'Empereur, l'alinéa 10 de l'art. 7 de la Constitution prescrit que la "représentation de l'État aux cérémonies officielles" est une des "fonctions en matière de représentation de l'État" (21) de l'Empereur. Les cérémonies dont il s'agit sont celles concernant le trône en tant que symbole de l'État. La famille Impériale participe à diverses cérémonies selon la tradition. Mais les cérémonies qui peuvent faire partie des "cérémonies officielles" sont seulement celles qui peuvent être considérées comme les cérémonies publiques de l'État. Toutes les autres doivent être considérées comme des cérémonies personnelles de la famille impériale.

Selon l'art.4 qui limite les fonctions en matière de représentation de l'État (22) et le principe de l'État de Droit, les cérémonies officielles de l'Empereur doivent se fonder sur la loi. En vertu de l'art. 24 de la loi de la Maison Impériale, les cérémonies concernant la succession du statut Impérial peuvent avoir lieu en tant que cérémonies officielles.

Cependant, en vertu des articles 20 et 89 de la Constitution qui consacrent le principe de laïcité et qui interdisent toute dépense publique pour toute religion, les cérémonies de la succession du Trône doivent rester laïques quand elles ont lieu en tant que cérémonies officielles. Par conséquent, les cérémonies shintoïstes doivent être considérées comme cérémonies personnelles de la famille Impériale. Mais comment peut-on distinguer les deux ?

Premièrement, la distinction existe sur le plan financier. Le budget de la famille impériale est tout entier financé par l'État. Mais il est partagé en trois : crédits de Cour, qui sont des dépenses pour les fonctions officielles de la famille impériale, soumis à la gestion du Bureau de la Maison Impériale (art. 5 de la loi concernant l'économie de la Maison Impériale), crédits d'Inter-Cour et crédits de la famille impériale affectés aux dépenses personnelles de la famille impériale (art. 4 et 6 de la loi concernant l'économie de la Maison Impériale) (23). Pour les cérémonies shintoïstes, les crédits de Cour ne doivent pas être dépensés. Deuxièmement, les fonctionnaires publics comme le

(21) T. Fukase, op. cit., note (4), p. 363.

(22) L'Empereur ne peut exercer que les seules fonctions prévues par la présente Constitution en matière de représentation de l'État..." v. "Études de Droit Japonais", op.cit., p. 363.

(23) V. Official Gazette op. cit., note (11), p. 4. Or selon l'art. 88 de la Constitution tous les biens de la Famille Impériale sont la propriété de l'État. Toutes les dépenses de la Famille Impériale sont approuvées par la Diète, qui vote les crédits correspondant dans le cadre du budget". V. T. Fukase, op. cit., note (4), p. 369.

Premier Ministre ne doivent pas assister aux cérémonies shintoïstes en tant qu'autorités publiques.

En ce qui concerne la succession du statut impérial, deux cérémonies ont eu lieu au cours de l'année 1989 : "cérémonie de la succession de l'épée etc." et "la première audience après l'Accession au Trône". Toutes les deux ont eu lieu en tant que cérémonies officielles (24).

Lors de la première (le 7 janvier 1989), le nouvel Empereur a reçu les insignes impériaux, le sceau de l'État et le sceau impérial. Le Premier Ministre, les Présidents des deux Chambres, le Président de la Cour suprême y ont assisté. Cette cérémonie a provoqué une polémique, car, bien qu'elle ait été simplifiée et que l'on ait fait des efforts pour enlever les éléments shintoïstes, il restait les instruments shintoïstes parmi des choses que le nouvel Empereur a reçues (par exemple les insignes impériaux).

Au cours de la deuxième cérémonie (le 9 janvier 1989), le nouvel Empereur a affirmé : "Je m'engage à être uni avec le peuple et à respecter la Constitution" (25) Mais il est difficile de considérer ce discours comme un serment de respect de la Constitution si on tient compte du fait que ce discours a été effectué suivant "l'avis d'approbation" du Cabinet (art. 7, alinéa 1). Donc, l'auteur réel de ce discours est le Cabinet (26).

La cérémonie qui est mise en cause le plus vivement est la "Daiiyôsai" véritable cérémonie pour la filiation de l'Empereur avec les Dieux shintoïstes qui a eu lieu en novembre 1990. Cette cérémonie est importante pour les shintoïstes. Par exemple, l'Empereur, qui n'a pas accompli cette cérémonie est considéré comme un "demi-Empereur" (27). Selon la presse (28), cette cérémonie a eu lieu comme "cérémonie publique" de la famille impériale. Le gouvernement japonais a considéré cette cérémonie comme troisième catégorie de cérémonies de la famille impériale : ni officielle, ni personnelle. Mais une telle catégorie risque de faciliter les dérogations aux fonctions de l'Empereur en matière de représentation de l'État prévues par la Constitution.

La Cour suprême a affirmé, dans la décision du 13 juillet 1977 (29), que les actes religieux qui sont interdits en vertu de l'article 20 de la Constitution étaient ceux qui avaient une finalité religieuse et pour effet de favoriser, ou de défavoriser quelque religion en particulier. La Haute juridiction a posé comme critères de tels actes le fait que : 1) L'acte qui est en cause est placé sous l'autorité d'un chef religieux, 2) L'acte qui est en cause est pratiqué suivant les rites religieux, 3) L'acte qui est en

(24) K. Takahashi, *Tenno no Kokuji-kô ni Omou* (Quelques Réflexions sur les Fonctions de l'Empereur en Matière de Représentation de l'État), in : "Sekai", mars 1989, p. 104.

(25) *Le Monde*, le 11 janvier 1989. M. K. Takahashi remarque que le texte japonais de ce discours n'est pas tout à fait clair à propos de savoir, par exemple, le mot employé dans le passage cité signifie "le peuple". V. K. Takahashi, op. cit., note (24), pp. 106-110.

(26) K. Takahashi, op. cit., note (26), p. 105.

(27) K. Sato, *Kokuji-kô to Seikyô Bunri* ("Fonctions de l'Empereur en matière de Représentation de l'État et Laïcité"), "Juriste", n° 933, 5-15 mai 1989, (n°. fusionné), p. 110.

(28) *Yomiuri Shinbun*, 25 décembre 1989.

(29) *Rec. des Décisions Civiles* vol. 31, n° 4, p. 533.

cause est considéré comme acte religieux selon le sentiment religieux des Japonais ordinaires. Même avec ce critère qui est critiqué par la doctrine comme étant trop atténué, la "Daijyōsai" devrait être considérée comme une cérémonie religieuse si on tient compte de sa signification : "le nouvel Empereur partage le nouveau riz de l'année récolté de la rizière spéciale avec les Dieux, ses ancêtres" (30) et des rites shintoïstes.

En fait, le gouvernement japonais connaît des difficultés pour rendre compatibles la tradition de la famille impériale et le principe de laïcité. Cela est dû notamment à la disposition lapidaire de l'art. 24 de la loi de la Maison Impériale. Si bien que le gouvernement se réfère parfois aux rites accomplis sous le régime de la Charte de Meiji en enlevant les éléments manifestement incompatibles avec le principe de laïcité.

Les problèmes de la succession du statut impérial obligent les Japonais à se confronter au conflit entre la tradition et les valeurs constitutionnelles. En ce sens, ces problèmes mettent en cause l'avenir du constitutionnalisme japonais : est-ce que les Japonais maintiendront le décalage entre les principes constitutionnels et la réalité ou est-ce qu'ils essaieront de consolider les valeurs constitutionnelles (31) ?

(30) K. Sato, *op. cit.*, note (27), p. 110, le même auteur démontre qu'il y a la discussion à propos de la signification de cette cérémonie.

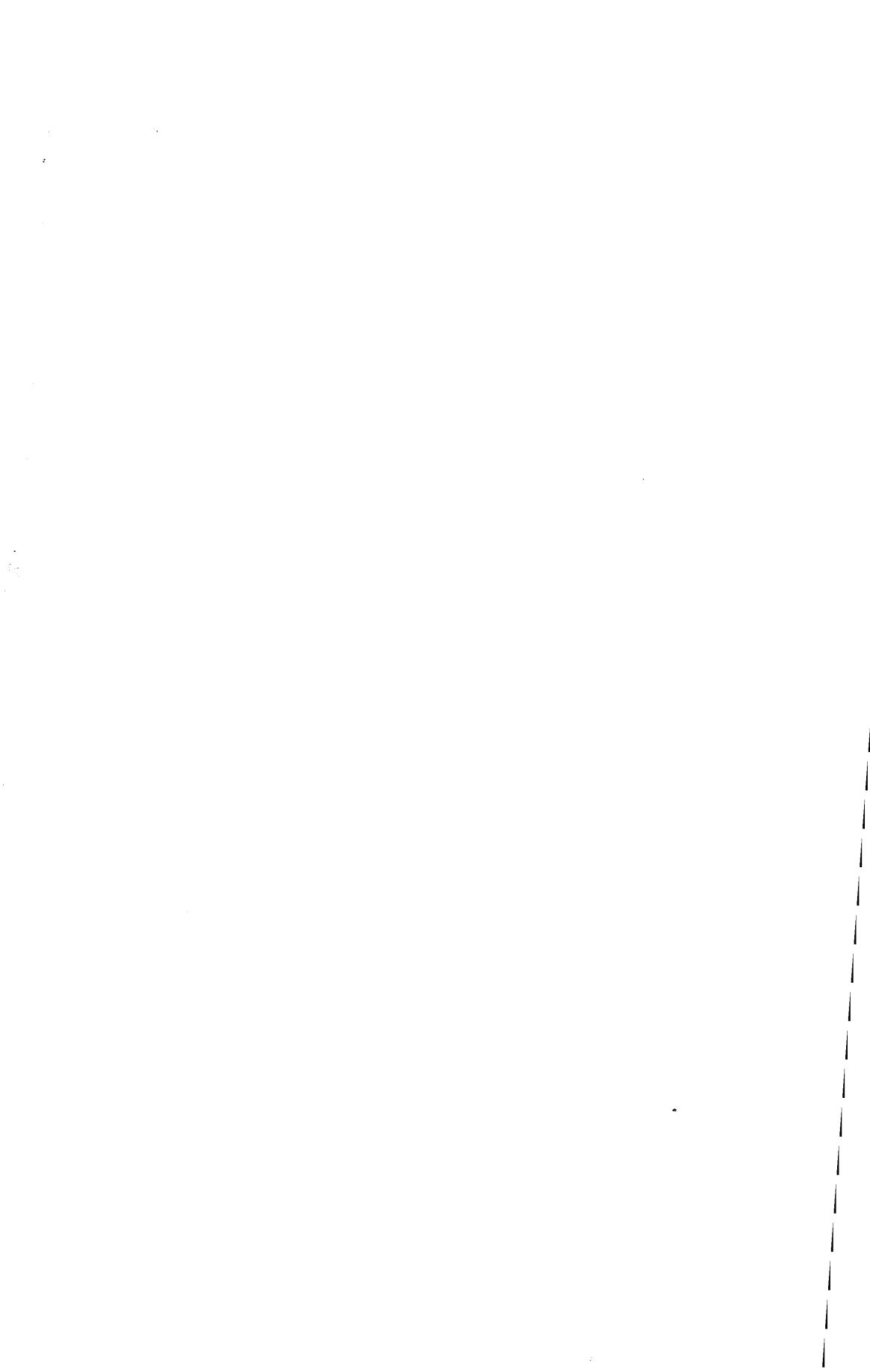
(31) En novembre 1990, deux cérémonies pour l'accession au Trône ont eu lieu : "la cérémonie de l'accession au Trône" (le 12 novembre) et "Daijyōsai" (du 22 au 23 novembre, v. supra). Sur un plan strictement étatique, cette première cérémonie d'accession au Trône n'aurait dû revêtir aucun caractère religieux. D'après la presse japonaise, cependant le procédé fortement shintoïste de cette cérémonie aurait provoqué de multiples controverse (Mainichi shinbun, le 12 novembre 1990). La seconde cérémonie purement shintoïste peut être considéré comme une "cérémonie personnelle" de la famille impériale. Le gouvernement japonais pour sa part, considère cette dernière cérémonie comme faisant partie d'une troisième catégorie, ni officielle, ni personnelle. En l'occurrence, les crédits de la Cour (budget de l'État, v. supra) auraient été utilisés (Mainichi shinbun, le 23 novembre 1990). Cette dernière cérémonie non plus, paraît-il, ne serait pas à l'abri de critiques.

R.R.J. 1991-1

Pages 53 à 65

- II -

DROIT ÉCONOMIQUE



LES ÉVOLUTIONS DU DROIT PUBLIC ÉCONOMIQUE

Par

Jean-Yves CHEROT

*Professeur de Droit Public à la Faculté de Droit et de Science Politique
d'Aix-Marseille*

Le droit public économique est la science des règles spéciales, relatives à l'intervention de la puissance publique dans l'économie.

Les règles spéciales sont nombreuses, soit que l'intervention conduite à infléchir les règles générales de l'action de l'administration ou du législateur (par exemple les entreprises publiques en la forme d'établissement public sont des établissements publics industriels et commerciaux mais leurs statuts prévoient de nombreuses dérogations aux règles applicables à cette catégorie d'établissement, notamment des dérogations aux règles de comptabilité), soit que l'action économique ait besoin de règles complémentaires spécifiques, par exemple : des règles propres aux rapports financiers entre l'État et les entreprises publiques fixant les conditions dans lesquelles les collectivités locales peuvent participer au capital d'une société commerciale.

Les règles concernent l'administration économique mais aussi le législateur. On ne peut donc confondre droit public économique et droit administratif économique. Le développement des sources supra-législatives, notamment communautaires et constitutionnelles, enrichit le droit public économique en dehors du droit administratif de l'économie.

Le droit administratif économique est lui-même très vaste et intéresse les activités économiques privées. Parmi les conditions dans lesquelles l'administration agit sur les activités privées figurent des conditions ayant directement un rapport avec le fonctionnement des entreprises (par exemple les règles françaises sur le contrôle des opérations de concentration économique dans le titre V de l'ordonnance du 1er décembre 1986). Le droit administratif économique permet d'étudier les règles qui régissent les rapports de l'administration avec les opérateurs économiques soit en tant que concurrents de l'administration, soit en tant que fournisseurs de l'administration, soit en tant qu'usagers du service public. Le droit administratif économique n'est donc pas seulement le droit des services publics économiques ; il

est aussi partiellement un *droit public de l'entreprise*, terme qui a la faveur de certains publicistes (il existe une "association pour le droit public de l'entreprise" et des cours de droit public de l'entreprise dans certaines facultés de droit).

Les juristes des affaires appliquent quotidiennement le droit public économique tant au service des entreprises qu'au service de l'administration. L'administration ne traite plus systématiquement elle-même toutes les questions juridiques ; elle "privatise" ainsi le conseil juridique de l'administration. Elle saisit, surtout dans le domaine économique, des cabinets de conseils juridiques ou d'avocats. Plusieurs facteurs concourent à ce phénomène. D'abord il y a un lien entre ce recours aux cabinets privés et la place accrue du droit dans la régulation de l'intervention. Ensuite il faut tenir compte des changements intervenus dans les structures des conseils juridiques et des cabinets d'avocats en France, du manque de moyens au sein de l'administration et de l'absence de juristes dans certaines administrations centrales, de la volonté pour l'administration de diversifier ses sources. Enfin il faut tenir compte du fait que les collectivités locales plus indépendantes et dotées de compétences nouvelles ont tendance à consulter, notamment pour la rédaction de leurs contrats, des juristes professionnels (noter la publication par des cabinets de conseils juridiques de deux ouvrages de droit public économique : par les éditions juridiques Francis Lefebvre, *Les contrats des collectivités locales*, 1989 - auteurs M. Guibal et L. Rapp - et par les nouvelles éditions fiduciaires, *Service public local. Gestion publique, gestion privée*, 1989).

Le droit public économique n'intéresse pas que le juriste d'affaire ; il concerne le citoyen et les groupes de pression. L'intervention économique de la puissance publique mobilise des masses considérables du budget de l'État (les dépenses dites d'intervention économique et sociales du budget général de l'État représentent en 1989 22, 8 % du budget général de l'État) et des collectivités locales, elle s'exprime dans un nombre très important de textes réglementaires qui affectent les droits et obligations d'un grand nombre d'individus et de groupes, elle doit tenir compte des principes de base de la société tels que la propriété, l'égalité, la liberté d'entreprendre et de questions politiques et économiques très controversées : la place du marché dans la régulation de l'économie, les rapports entre les pouvoirs économiques et le pouvoir politique. L'intervention elle-même par son ampleur et son accroissement constant fait l'objet de réserves de la part de nombreux citoyens. Le droit public économique donne sur toutes ces questions des éléments d'analyse clairs qui permettent de mieux appréhender les enjeux politiques. Il conduit souvent à dépassionner les débats sans les nier pour autant.

N'est-il pas artificiel de distinguer en droit économique le droit public et le droit privé ? Sans répondre à cette question deux observations viennent affaiblir la portée de la distinction entre droit public et droit privé en droit économique : l'extension de l'intervention de l'administration dans l'économie s'est accompagnée de l'usage de techniques de droit privé : association, sociétés commerciales, garantie d'emprunt, par exemple. Surtout, il n'existe qu'un seul ordre juridique

prenant sa source dans des principes communs, notamment ceux consacrés par la Constitution - dont le poids et le rôle dans la construction de l'ordre juridique se sont accrues en France. La propriété, la liberté d'entreprendre et l'égalité, pour ne retenir que les trois principes les plus abstraits en droit public économique sont communs au droit public et au droit privé. La liberté d'entreprendre permet de réguler les relations de la puissance publique et des opérateurs privés, mais elle inspire aussi le juge judiciaire lorsqu'il déclare contraires à l'ordre public certaines clauses de non concurrence figurant dans des contrats de droit privé. L'égalité régit aussi bien l'organisation et le fonctionnement des services publics que le droit des sociétés commerciales (sur ce dernier point voir J. Mestre, "L'égalité en droit des sociétés (aspects de droit privé)", *Revue des sociétés*, 1989 n° 3).

On mettra dans ce texte en évidence les évolutions que connaît le droit public économique. Les causes du changement profond de la matière tiennent à l'évolution des conceptions de l'intervention et à l'élargissement de ses sources. Le droit public économique évolue en intégrant l'esprit de concurrence ; un droit public de la concurrence apparaît, discipline qui reprend des notions anciennes, intègre des développements récents et suggère des évolutions souhaitables.

1. LES CONCEPTIONS DE L'INTERVENTION.

1. 1 Les trois conceptions de l'intervention économique.

L'intervention de l'État obéit au moins à trois conceptions différentes : l'interventionnisme de soutien au marché, l'interventionnisme de protection, le dirigisme.

L'interventionnisme de soutien au marché renforce le fonctionnement du marché en tant que guide des comportements économiques et des solutions efficaces. Le marché et l'État ne sont pas antinomiques. Le marché n'est rien d'autre, en dernier ressort, qu'un ensemble de règles de droit qui permettent l'échange libre entre les hommes quant à l'usage des choses. L'État peut donc chercher à améliorer les règles du marché. Cet interventionnisme s'exprime dans le droit de la concurrence, dans le développement de la réglementation boursière, ou dans la création de nouveaux droits de propriété comme les droits intellectuels.

L'interventionnisme de protection laisse fonctionner le marché dans ses mécanismes fondamentaux, mais il assure la protection de libertés publiques ou de droits fondamentaux. Il prend le plus souvent la forme de réglementations. Elles s'appliquent à ceux qui se trouvent en situation concurrentielle de manière égale ; elles n'ont pas pour objet ni pour effet en principe de limiter le jeu de la concurrence sur le marché. Elles comportent des coûts importants pour les entreprises et les consommateurs mais elles engendrent des bénéfices sociaux qui peuvent largement compenser les coûts financiers. Il est d'ailleurs juridiquement erroné d'apprécier ces réglementations sur la base d'un bilan coûts - avantages. Elles trouvent souvent leur fondement dans des objectifs de valeur constitutionnelle et bénéficient ainsi d'une protection contre une éventuelle déréglementation.

Le dirigisme n'est donc qu'une des formes de l'interventionnisme. Dans le dirigisme, la puissance publique, sans abroger complètement la liberté d'entreprendre et le marché, cherche à orienter, à diriger l'économie : l'administration fixe les prix à la place des cocontractants, elle détermine le montant des importations, elle désigne les meilleures structures industrielles à la place du jeu de la concurrence, etc.. Alors que la réglementation de protection assure toujours la protection d'une liberté ou d'un droit fondamental des personnes, la réglementation de direction est anti-libérale. Elle est au service d'une conception de l'économie émanant des services de l'État. Dans le dirigisme c'est l'intervention elle-même qui est d'intérêt général.

Les privatistes ont bien marqué la différence entre dirigisme et interventionnisme en distinguant dans les réglementations économiques limitant la liberté contractuelle, l'ordre public de direction et l'ordre public de protection.

Le dirigisme est fondé sur des lois d'habilitation confiant à l'administration un complet pouvoir discrétionnaire. Car il faut, dans une économie dirigée, adapter constamment les règles de droit et les décisions individuelles aux circonstances changeantes de temps et de lieu. Le dirigisme a provoqué une évolution sensible des formes du droit administratif. Il s'exerce dans le cadre d'institutions nouvelles telles que la planification, l'entreprise nationale. Il développe les services publics et leur confie des missions nouvelles. Il éloigne des formes classiques de l'action administrative et associe, sous des formes diverses qui vont de l'économie contractuelle aux comités d'organisation, les professionnels concernés aux décisions dont ils sont l'objet.

Le dirigisme a ainsi créé des institutions et des méthodes nouvelles dont la qualification et l'insertion dans le droit administratif classique n'allaient pas de soi : aussi la doctrine s'est demandée à maintes reprises si le dirigisme ne devait pas susciter ou n'avait pas, en fait, suscité un droit administratif spécifique voire autonome (parmi de nombreuses études voir surtout, en complément des manuels où la question est abordé longuement, A. de Laubadère "Existe-t-il un droit administratif économique", *Revue de droit prospectif*, 1976, J. Rivero "Action économique de l'État et évolution administrative", *Revue économique*, 1962, p. 886, J. Cl. Venezia, "Sur le degré d'originalité du contentieux économique", *Mélanges Stassinopoulos*, L.G.D.J., 1974). En réalité on sait maintenant que pour l'essentiel le droit administratif a su maintenir son unité. D'abord parce que le droit administratif classique est plus riche qu'on pouvait le penser. Ses techniques sont parfaitement adaptées aux nouvelles tâches. Ensuite parce que les innovations qui ont pu être réalisées sous l'influence du dirigisme ne sont pas restées cantonnées au droit économique. Elles ont été diffusées dans l'ensemble du contentieux administratif (exemple de la jurisprudence sur les directives et de la jurisprudence sur l'évolution de la notion d'acte administratif unilatéral). Le droit économique est ainsi, selon l'expression de D. Linotte, un "droit pilote". Enfin parce que le droit administratif a résisté à certaines pressions (refus de la part du Tribunal des conflits de céder sur le critère organique dans la définition des

contrats administratifs à propos du contentieux des contrats d'interventionnisme économique).

1. 2. L'évolution de l'intervention.

La distinction des trois philosophies de l'intervention permet de mieux cerner son évolution. La phase de l'interventionnisme dirigiste semble largement révolue. Elle s'est développée entre les deux guerres et après la seconde guerre mondiale (ordonnance du 30 juin 1945 sur les prix, lois de nationalisations, mise en place de la planification).

Le dirigisme est atteint par la construction du marché intérieur communautaire sur la base des principes de libre circulation des marchandises, des hommes, des services et des capitaux et par l'ouverture de l'économie sur le monde (apparition d'une autre économie, l'économie-monde). Il est atteint plus durement encore peut-être par ses propres échecs et les limites reconnues d'une économie centralisée. Une économie décentralisée, réglée par le marché, est apte à traiter beaucoup plus d'informations que n'importe quelle autorité, fut-elle étatique et dotée des meilleurs experts.

Le déclin du dirigisme est marqué par l'autonomie croissante des entreprises publiques, l'abrogation de l'ordonnance du 30 juin 1945, la suppression du contrôle des changes et du contrôle des investissements étrangers, la privatisation d'entreprises du secteur public, l'application du droit de la concurrence aux personnes publiques dans leurs activités de production, de distribution et de services. Le dirigisme subsiste encore (pour combien de temps ?) sur certains marchés où il est plus traditionnel d'ailleurs, notamment sur les marchés agricoles (mais sauf exception, c'est maintenant un dirigisme de la Communauté) et les marchés du transport.

Des pans entiers de l'intervention tombent : remise de certains secteurs (l'audiovisuel, partiellement les télécommunications et les transports routiers) au jeu de la concurrence et de la liberté d'entreprendre, abrogation de textes fondateurs comme l'ordonnance de 1945 sur les prix, large programme de privatisations.

Mais le désengagement de l'État dans l'économie n'affecte ni l'existence ni la consistance du droit public économique

Le désengagement est lui-même objet de règles de droit. Il est encadré. De nouvelles règles ont été nécessaires pour le transfert d'entreprises publiques au secteur privé et ces règles ont donné lieu à une importante jurisprudence du Conseil constitutionnel. De telle sorte que le droit de la privatisation est désormais un chapitre enrichi et fort complexe du droit public économique.

L'interventionnisme de protection s'est beaucoup développé dans les années 70 et 80. Il n'a pas vocation à s'affaiblir. Au contraire, le Conseil constitutionnel a empêché le législateur d'affaiblir des réglementations existantes protégeant des droits fondamentaux, et il a ainsi encadré les dérèglementations (déclaration de non conformité de lois affaiblissant le dispositif anti-concentration dans l'audiovisuel et dans la presse). L'interventionnisme de protection est cependant fortement affecté par le droit communautaire qui interdit aux États d'ériger des

barrières non tarifaires et de prendre, par voie réglementaire, des mesures d'effet équivalent aux restrictions quantitatives aux échanges. Aussi est-il prévu soit l'harmonisation des réglementations par voie de directives (article 100 ou article 100 A du Traité) soit une reconnaissance mutuelle des normes dans certaines conditions.

L'interventionnisme de soutien au marché est en plein développement. La modernisation du droit français de la concurrence dans l'ordonnance du 1er décembre 1986 est le modèle de cet interventionnisme (sous réserve des dispositions relatives au contrôle des opérations de concentration économique). Il pourra permettre le développement de nouveaux droits de propriété intellectuelle pour favoriser l'innovation et la création et favoriser l'éclosion de nouveaux marchés. Par ailleurs le droit communautaire est en train d'imposer aux États de se limiter à un rôle d'opérateur soumis aux conditions du droit commun dès lors que l'État agit sur un marché par une entreprise publique. La distinction quasiment sans portée en droit interne classique devient très forte entre État autorité publique et État opérateur sur un marché. Le rôle de l'État dans l'entreprise publique ne pourra être qu'un rôle de soutien au marché sur lequel il intervient.

2. LES SOURCES DU DROIT DE L'INTERVENTION.

Le droit public économique est marqué par un élargissement de ses sources : à un modèle dominé par des lois habilitant l'administration à agir sur la base d'un large pouvoir discrétionnaire d'appréciation, donc dominé en fait par les sources administratives a succédé un modèle dominé par la Constitution, le droit communautaire et dans certains secteurs par le droit international.

Ce changement implique un changement de pouvoirs et une place plus grande pour les juristes et les juges ; les hauts fonctionnaires et les économistes perdent pour le moins le monopole de l'intervention. Ce changement de source implique surtout un changement dans les règles applicables.

2. 1. A travers la jurisprudence du Conseil constitutionnel, accompagnée de celle du Conseil d'État, se développent les sources constitutionnelles du droit économique. Notamment plus de dix décisions ont conduit le Conseil constitutionnel à définir le statut de la propriété en droit public.

L'effet direct de la Constitution est limité puisque le contrôle de la loi par rapport à la Constitution ne peut se faire qu'avant sa promulgation, mais presque toutes les lois intéressant le droit économique sont déferées au Conseil par les parlementaires. Ces lois ne peuvent dès lors être interprétées qu'à la lumière des principes constitutionnels surtout, ce qui est fréquent, lorsque le Conseil déclare la loi conforme à la Constitution sous réserve d'une interprétation (par exemple la loi du 2 juillet 1986 et notamment les dispositions de la loi portant sur le droit des privatisations).

2. 2. L'achèvement du marché intérieur joue un rôle considérable. On estime qu'en 1990 près de 40 % des règles économiques sont d'origine communautaire. En 1993 il en sera ainsi pour 80 % de ces règles. Ces pourcentages valent pour les règles économiques intéressant directement les États.

De telle sorte que les règles les plus nombreuses du droit public économique se trouvent maintenant dans les textes communautaires que ce soit le Traité de Rome (notamment les articles 30 et s. , 37, 59, 90, 92 et 93, 222) ou des textes du droit dérivé (la directive du Conseil du 17 septembre 1990 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, la directive de la commission du 25 juin 1980 - modifiée - relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques) ou des arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes.

Les règles communautaires ont une place d'autant plus importante en droit public économique que, même lorsqu'elles n'ont pas pour objet les États, elles viennent fortement limiter leurs possibilités d'intervention (par exemple le règlement du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration économique entre entreprises enlève aux États un instrument essentiel pour le contrôle des structures industrielles). L'achèvement du marché intérieur de même que les interprétations du Traité par la commission et la C.J.C.E. viennent accroître ces restrictions (voir sous la direction de J. Dutheil de la Rochère et de J. Vandamme, *Interventions publiques et droit communautaire*, Paris, Pedone, 1988, et notamment le rapport de synthèse de L. Dubouis ; Michel Bazex, le marché commun ou le dépérissement de l'interventionnisme national, *D.P.C.I.*, 1989, n°2). Ces règles, de plus, ont une forte effectivité tant du fait de la volonté de la commission (qui exerce plus activement ses compétences) que du fait de l'effet direct de très nombreuses de ces règles que les opérateurs économiques peuvent ainsi invoquer devant le juge national. La stratégie des opérateurs va compléter la volonté de la commission : sous l'effet de l'ouverture de la concurrence sur le marché européen les entreprises devront s'aligner sur un même comportement et le recours au juge a des chances d'être plus fréquent. De plus faire respecter son droit est un moyen efficace de lutter dans la concurrence. Le contentieux en droit public économique, substantiel sur le plan du fond, est faible en volume (par exemple étant donné le nombre de marchés publics - 315 000 en 1988- il y a peu de contentieux sur la passation et l'exécution des marchés). Cela va changer aussi.

Pour l'application du droit communautaire la théorie de la loi écran a reculé de façon spectaculaire. Le juge ordinaire n'accepte pas de contrôler la loi par rapport à la Constitution (cette mission est exercée par le Conseil constitutionnel) mais (invité à le faire par le Conseil constitutionnel) il opère ce contrôle de la loi par rapport aux traités et, notamment, par rapport au traité de Rome (Cass. 24 mai 1975, Cafés J. Vabre, , C.E. 20 octobre 1989, Nicolo) et au droit communautaire dérivé (C.E. 24 septembre 1989, Boisdet).

Cela va être d'une portée considérable. La discussion juridique était très limitée face à une administration économique dont l'action est couverte par des lois d'habilitation qui non seulement font écran au contrôle de l'administration par rapport à la Constitution et aux principes généraux du droit, mais encore sont trop larges pour offrir un point d'appui au contrôle par le juge du contenu de l'action administrative. L'interprétation et l'application du Traité et des textes du droit dérivé exigent des juristes inventifs. C'est souvent sur la base de questions préjudicielles et à partir d'arguments formulés par des professionnels du droit que la Cour de Justice des Communautés Européennes a pu faire progresser le droit communautaire (construction jurisprudentielle très remarquable et d'une grande portée en droit public économique dans l'arrêt C.J.C.E. 10 janvier 1985 Affaire prix du livre, prolongée notamment dans les affaires Bureau du Cognac des 30 janvier 1985 et 3 décembre 1987 et tarifs aériens des 30 avril 1986 et 11 avril 1989).

2. 3. L'internationalisation des économies rend plus présentes les règles du droit international sur la base desquelles l'ouverture des économies a pu s'opérer. Le droit international économique met à la charge des États des obligations dans le domaine de l'octroi des marchés publics ("Code" des marchés du G.A.T.T.), dans le domaine du droit des investissements ("principes directeurs" de l'O.C.D.E.) et freine l'utilisation des aides et de certaines pratiques restrictives du commerce.

3. VERS LE RENFORCEMENT DU DROIT PUBLIC DE LA CONCURRENCE ?

Dans les sociétés avancées, il est admis que la concurrence contribue à l'intérêt général. Laisser jouer la concurrence permet d'atteindre à terme des résultats optimum.

On admet parallèlement que la concurrence ne peut être laissée au seul jeu de l'exercice des droits de propriété privée. Elle doit être maintenue toute entière et faire l'objet d'une protection, notamment par une réglementation des pratiques commerciales, voire des structures du marché. Se développe ainsi un droit de la concurrence qui a fait l'objet d'une récente modernisation dans l'ordonnance du 1er décembre 1986 "relative à la liberté des prix et de la concurrence". Mais le droit des pratiques commerciales restrictives de concurrence est une branche du droit privé des affaires. Ce qui compte ici c'est d'observer que le droit de la concurrence s'enrichit de règles de droit public. Apparaît ainsi selon l'expression de D. Linotte (*A.J.D.A.* 1984, p. 60) un *droit public de la concurrence* dont on se demandera s'il n'est pas trop facilement manipulable contre la concurrence.

3. 1. Le droit public de la concurrence.

Le terme peut surprendre. Le droit administratif voit plutôt naturellement dans la concurrence un élément destructeur de l'intérêt général présent dans le service public. Service public et concurrence sont antinomiques. Les règles de droit public économique assurent la

protection du service public contre la concurrence par le monopole ou la réglementation de la concurrence (notion de concurrence réglée). Le Conseil d'État protège lui-même sur une base purement prétorienne le service public contre la concurrence et admet (C.E. Ass. 16 novembre 1956, Société Desaveine) qu'"il appartient à l'autorité administrative de prendre toutes mesures de nature à assurer la meilleure utilisation du domaine public et, notamment, de subordonner à autorisation préalable l'exploitation (d'activités économiques sur le domaine public) et même de refuser toute autorisation à celles de ces entreprises qui risqueraient, en faisant concurrence au service public, de compromettre la bonne gestion de celui-ci". Il est vrai, qu'en principe au moins, ce qui justifie la création du service public c'est la défaillance de la concurrence pour assurer l'intérêt général, et parfois l'insuffisance de l'initiative privée.

Cependant le droit public vient également à l'appui d'une politique de concurrence. La réglementation des marchés publics est certes d'abord destinée à assurer le meilleur usage des fonds publics. Cependant, en permettant l'égal accès dans la transparence aux marchés de l'État et des collectivités locales elle permet la protection de l'égal concurrence. Le Code des marchés publics est donc au coeur de la politique de concurrence, ce qui a été accentué par les nombreuses réformes du Code à l'initiative de la Commission centrale des marchés. L'extension récente, en droit communautaire, du champ d'application de la réglementation des marchés renforce l'importance de cette réglementation dans la politique de concurrence.

Certes, il apparaît toujours difficile de trouver dans la jurisprudence du Conseil d'État des éléments permettant de penser que la concurrence contribue à l'intérêt général. Mais cela peut changer. Au contentieux il n'existe pas de contrôle sur l'appréciation par l'administration économique de ce qui est d'intérêt général. Souvent pour la poursuite des buts même de l'administration (protection de la balance des paiements, lutte contre l'inflation) le jeu de la concurrence aurait été plus efficace que les réglementations. Le Conseil d'État saisi de ces réglementations ne vérifie pas l'adaptation des moyens employés par l'administration aux fins poursuivies. Il refuse même d'exercer, sous l'empire d'un contrôle dit minimum, le contrôle du bilan coûts-avantages de l'intervention et de vérifier si les atteintes à la concurrence n'engendrent pas plus d'inconvénients que d'avantages. Le juge se réfugie derrière des autorisations législatives confiant un large pouvoir d'appréciation discrétionnaire à l'administration économique.

Aussi faut-il accorder l'attention qui convient aux choses nouvelles aux textes qui permettent de saisir le Conseil de la concurrence des réglementations économiques. Cette saisine est le signe que le législateur admet qu'une réglementation ne peut être adoptée que si l'atteinte à la concurrence se révèle nécessaire pour atteindre un but d'intérêt général et que cette nécessité doit être appréciée par un organe indépendant. R. Barre, à l'époque Premier ministre avait remarqué, en installant la commission de la concurrence, que "par le passé, de trop nombreuses atteintes à la concurrence ont été le fait de textes dont les conséquences sur le fonctionnement des marchés n'avaient pas été appréciées à leur juste mesure". Dans la période qui a suivi l'entrée en

vigueur de la loi du 19 juillet 1977 le premier ministre avait encouragé les membres du gouvernement à utiliser les procédures de consultation de la commission de la concurrence. Dans les faits la commission a été très rarement saisie de demandes d'avis par les ministres tant sur des projets de réglementation que sur des réglementations en vigueur. Aussi faut-il saluer les progrès réalisés à l'article 6 de l'ordonnance de 1986 imposant la consultation du Conseil de la concurrence sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives, d'établir des droits exclusifs dans certaines zones, d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente. Par ailleurs, l'ordonnance du 1er décembre 1986 a maintenu la possibilité pour le gouvernement de réglementer les prix "dans des secteurs ou des zones où la concurrence par les prix est limitée...". Elle prévoit donc logiquement que ces réglementations de prix ne seront adoptées que sur avis (obligatoirement publié) du Conseil de la concurrence lequel doit se prononcer sur les conditions légales de l'intervention. Cette saisine obligatoire est une victoire importante de "l'esprit de concurrence". Mais le gouvernement n'est pas allé aussi loin que le souhaitait le groupe d'experts qui a préparé la rédaction de l'ordonnance : les textes anti-concurrentiels en vigueur ne sont pas obligatoirement soumis au Conseil de la concurrence qui ne jouera pas le rôle de commission de déréglementation. Reste seulement la possibilité toujours laissée au gouvernement ou aux assemblées de saisir le Conseil de la concurrence de textes en vigueur ou de projets et propositions de lois. Ces procédures auront-elles un effet au contentieux sur le mode de contrôle du Conseil d'État ?

Le droit public assure donc aussi une protection de la concurrence. Des branches entières du droit public économique peuvent être réinterprétées et rattachées au droit public de la concurrence. Les premiers éléments de la théorie du droit public de la concurrence ont d'ailleurs été mis en évidence par D. Lochak à propos d'une jurisprudence classique sur la diversification des services publics locaux (*A.J.D.A.* 1971). D. Lochak dissocie les principes de liberté du commerce et de concurrence. Elle montre que ce n'est pas tant pour protéger la liberté du commerce et le principe de spécialité que la jurisprudence interdit l'extension des services publics, que pour protéger l'égalité concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés ; au point que lorsque l'intervention ne menace plus l'égalité concurrence, ni la liberté du commerce, ni le principe de spécialité ne conduisent à s'y opposer. Le principe de la non concurrence entre personnes publiques et privées est un élément d'une réglementation de l'égalité concurrence entre opérateurs.

3. 2. Les dangers d'une réglementation de la concurrence.

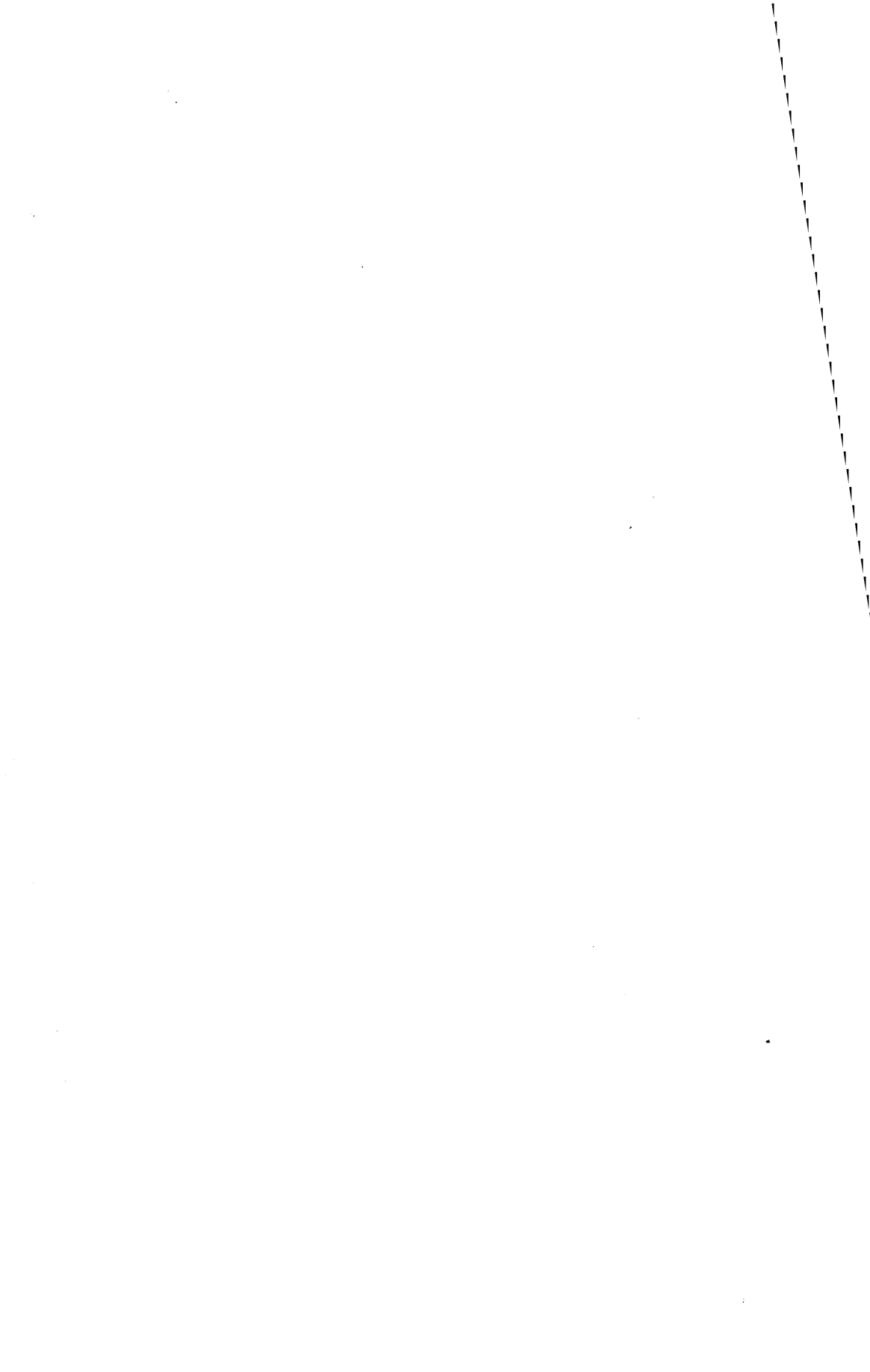
Le droit public de la concurrence est un progrès s'il permet un meilleur contrôle de la pertinence de l'intervention de l'Etat . Il peut conduire à des excès lorsqu'il favorise la réglementation de la concu-

rence entre opérateurs privés . La concurrence, contrairement aux idées reçues chez les hauts fonctionnaires, n'est pas un processus fragile tendant à s'autodétruire et devant être constamment soutenu et réglementé par l'État. La concurrence est une force qui joue sur le long terme, dérange les situations acquises et qui risque surtout d'être menacée par la volonté de l'État de trop bien faire ou de trop en faire.

La confusion est fréquente notamment entre concurrence et forme d'un marché, le marché dit de concurrence pure et parfaite, celui sur lequel il y a une multitude d'offreurs pour des produits homogènes. Les idées ont un rôle non négligeable dans l'élaboration des politiques publiques. Croire que la concurrence est une forme idéale de marché où règne la concurrence pure et parfaite conduit à multiplier les interventions soit pour préserver cette forme de marché contre les concentrations et l'évolution des formes de marché, soit pour se substituer à une concurrence supposée défaillante dès qu'elle n'est plus pure et parfaite. C'est le meilleur moyen de tuer la concurrence au nom de la concurrence. Des économistes ont dénoncé cette confusion et montré que le modèle de la concurrence pure et parfaite "dénature en fait complètement le concept de concurrence en réduisant pratiquement à néant la notion de rivalité. Une étude, même superficielle de la "concurrence pure et parfaite" conduit à se demander si le seul degré de liberté laissé à l'entreprise dans ce schéma n'est pas uniquement celui de produire ou de renoncer à le faire " (M. Glais et P. Laurent , *Droit et économie de la concurrence*, P.U.F., 1ère éd. 1983).

C'est pourquoi il faut examiner avec réserve ces règles qui soumettent à autorisation l'implantation des grandes surfaces commerciales (Loi Royer) ou imposent à l'éditeur de fixer le prix du livre à la distribution (loi Lang). Ces règles, tout en limitant la liberté du commerce, empêchent des phénomènes de concentration dans la distribution ; elles sont donc parfois présentées comme des règles du droit public de la concurrence. Il est impossible de prétendre pourtant qu'elle protègent la concurrence ; elles assurent la protection d'une structure de marché et visent des buts d'aménagement du territoire ou culturel contre la concurrence. Reste à examiner si les limitations de concurrence sont le meilleur moyen d'atteindre ces buts.

La concurrence est, en fait, pour l'essentiel, la liberté d'accéder au marché : c'est bien la liberté du commerce et de l'industrie. Les juristes pratiquent naturellement cette conception de la concurrence . Le Conseil constitutionnel par exemple a jugé que, au sens de l'alinéa 9 du préambule de 1946, il n'y avait pas monopole de fait (et donc pas d'obligation de nationaliser ou d'interdiction de privatiser) lorsqu'une entreprise était seule sur son marché dès lors que ce "monopole" était temporaire ou menacé, donc que la liberté d'accéder au marché existait. De même dans l'application du droit de la concurrence le Conseil de la concurrence fait grand cas de la liberté d'accéder à un marché : par exemple, s'il n'y a pas de barrière à l'entrée sur un marché il ne propose pas d'interdire les opérations de concentration sur ce marché même si elles dépassent les seuils de concentration au-delà desquelles la loi donne compétence au ministre chargé de l'économie pour intervenir.



R.R.J. 1991-1

Pages 67 à 120

- III -

IDÉES POLITIQUES
ET
SCIENCE POLITIQUE

JEAN-JACQUES ROUSSEAU ET LES CONTRADICTIONS DU MODÈLE THÉORIQUE DU CONTRAT SOCIAL

Par

Christiane PEYRON-BONJAN

Docteur en Histoire de la Philosophie, Université d'Aix-Marseille III

Le texte de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen* du 26 août 1789 comme celui de la *Constitution* du 24 juin 1793 pourraient, semble-t-il, être lus comme un héritage rousseauiste.

Une analyse de la construction du système à travers les principaux ouvrages, *Second Discours sur l'origine de l'Inégalité* et le *Contrat Social* est méthodologiquement essentielle afin de déceler la portée logique des soubassements dont notre monde est héritier.

La compréhension du passage hypothétique de l'état de nature au pacte social, l'explicitation des concepts de "Souverain", de "loi" et de "citoyen" doivent légitimement précéder la vision plus percutante de la cohérence de ce modèle théorique. On pourrait alors repérer si les textes fondateurs sont ou non habités par des contradictions ; et, si cela était, on serait donc en mesure de suivre et de dessiner leurs traces.

LA HANTISE DE LA NATURE CHEZ ROUSSEAU

Aucun mot n'a hanté Rousseau comme le mot de nature. Vieillissant il s'est voulu l'homme de la nature, il s'est fait et est demeuré le théoricien de la bonté naturelle. Dans le *Premier Discours*, il nous explique l'opposition entre l'artificiel et le naturel.

Artificiel serait la vie luxueuse, oisive dans la société des grandes villes où l'on n'assume plus les fonctions essentielles de l'homme ; artificiel, cet individu masqué qui ne va vivre que de l'opinion que l'on a de lui, celui que Rousseau s'acharne à appeler l'homme inauthentique, "*l'homme de l'homme*" (1).

(1) Cf. "L'homme sociable toujours hors de lui ne sait que vivre dans l'opinion des autres", *Premier Discours sur l'Origine de l'Inégalité*, 1754, Pléiade, T. III, p. 193. et "l'homme du monde est tout entier dans son masque, il y est toujours étranger et mal à son aise quand il est forcé d'y rentrer. Ce qu'il est n'est rien, ce qu'il paraît est tout pour lui", *Emile* 1762, Chronique Garnier, p. 271.

Naturel, par contraste, serait la vie utile où l'on est soi-même ; vie remplie de tâches familiales, professionnelles par lesquelles l'homme se ferait être ce qu'il est lui-même, à savoir, l'homme authentique. Pour sortir du néant et pour demeurer un homme authentique, il suffit que l'homme rentre en lui-même pour connaître sa nature, son devoir et ses fins. En raison de ces définitions, comment pourrait-on alors expliciter ce que Rousseau entend par "l'état de nature" ?

L'AGE D'OR : L'ÉTAT DE NATURE

Tous les théoriciens du contrat social se sont interrogés sur l'origine de la société civile. Locke, Hobbes, Rousseau ont été obligés de définir l'état originaire, état hypothétique dont on ne pourra jamais démontrer la certitude de fait. "*Les philosophes qui ont examiné les fondements de la société civile ont tous senti la nécessité de remonter à l'état de nature*" (2).

DESCRIPTION DE L'ÉTAT DE NATURE

C'est un état d'indépendance : "*l'homme vivait bon, libre, heureux mais il ne le savait pas*" (3). C'est l'âge d'or idyllique ; jouissant d'une liberté naturelle les hommes ne se rencontraient jamais, allaient où cela leur chantait, n'avaient aucun problème de subsistance trouvant dans la luxuriante nature tout ce qu'il leur fallait pour subvenir à leurs besoins. Seule une convention mutuelle due à un consentement réciproque à entrer dans la communauté et à former le corps social pourrait mettre fin à l'état de nature. Or, comme ils sont isolés et heureux, on est loin de la possibilité d'un tel pacte...

Rousseau critique fondamentalement Hobbes : "*homo homini lupus*" (4). En effet, Hobbes prétend que l'homme est naturellement intrépide et ne cherche qu'à attaquer et à combattre tandis qu'au contraire Pufendorff pense que rien n'est si timide que l'homme à l'état de nature "*toujours tremblant et prêt à fuir au moindre bruit*" (5). Lorsque Rousseau parle d'égalité naturelle il entend que nul n'a le droit dans l'état de nature d'assujettir autrui sans son adhésion : c'est pourquoi l'inégalité naturelle est loin d'avoir l'influence préjugée ...

Un autre contresens pourrait être une interprétation toute morale de la bonté ; à l'âge d'or, aucune connotation de bien ou de mal ne peut exister. Cela n'évoque qu'une simple idée de non agressivité du "bon sauvage". La morale exigerait d'une part, la communauté et la rencontre des individus, d'autre part, l'établissement de règles de vie en rapport avec les concepts de Bien et de Mal .

Une autre bévue consisterait à surcharger le sens de liberté naturelle d'une surimpression toute moderne, voire quasi existentielle. Il ne s'agit tout simplement que des libres allées et venues du bon sauvage dans cette nature parfaite. "*Errant dans les forêts sans indus-*

(2) Derathé-J.-J. *Rousseau et la Science Politique de son temps*, 1970, Vrin, p. 27.

(3) Cf. Rousseau, *Second Discours*, 1ère Partie, 1754.

(4) Cf. Hobbes, *Leviathan*, 1651, trad. française F. Tricaud, Sirey 1971.

(5) Cf. Pufendorff, "*Du droit de la nature et des gens*", I-1706, Amsterdam.

trie, sans parole, sans domicile, sans guerre, sans nul besoin de ses semblables comme sans nul désir de leur nuire peut être même sans jamais en rencontrer aucun individuellement" (6).

Dans l'état de nature rousseauiste on est à l'opposé d'Aristote et de la sociabilité naturelle de l'"*animal civique*" (7) : du couple à la famille, de la famille à la colonie, de la colonie à la cité... L'homme à l'état de nature est un être fondamentalement solitaire, se suffisant à lui-même puisqu'il trouve dans la nature tout ce qui est nécessaire pour satisfaire ses besoins physiques et peut donc sans aucun inconvénient se passer de l'existence de ses semblables.

Au demeurant, l'homme est dit bon, libre, heureux, indépendant et perfectible. Quel est donc le sens de ce concept de perfectibilité chez Rousseau ?

LA PERFECTIBILITÉ : PIVOT DE L'ÉVOLUTION

Aussi longtemps que les hommes n'ont aucune communication entre eux et aussi longtemps qu'ils ne se rencontrent pas, la perfectibilité n'a aucune fonction. Par contre, c'est elle qui va permettre l'évolution du bon sauvage en un homme doué de langage, intelligence, qualités morales et industrieuses immédiatement après que les hommes aient été obligés de se regrouper. La raison de ce regroupement est toute naturelle : une nature moins luxuriante due à des sécheresses climatiques répétées, un relief moins accueillant à cause de catastrophes naturelles tels les tremblements de terre... tout ceci impliquant par voie de conséquence la nécessité pour les hommes de se rencontrer autour des seuls lieux où l'on peut encore boire et manger. La perfectibilité développera d'abord le langage et l'intelligence, puis des règles de moralité pour la vie commune autour des points d'eau ; ensuite viendront le développement de l'agriculture et de l'industrie. Le passage du bon sauvage à l'homme intelligent et moral s'effectue donc bien à partir du pivot de la perfectibilité, pivot contenu à l'origine dans la définition du bon sauvage mais facteur d'évolution seulement après l'intervention accidentelle des "*funestes hasards des catastrophes naturelles*" (8). Le moteur de l'évolution est donc bien tout naturel...

LA PROPRIÉTÉ COMME ORIGINE DE L'INÉGALITÉ

Le premier homme qui eut l'idée de tenter de s'approprier un des rares endroits naturellement vivable est à l'origine de l'inégalité entre les hommes. "*Le premier qui ayant enclos un terrain s'avisait de dire : ceci est à moi et trouvant des gens assez simples pour le croire fut le vrai fondateur de l'inégalité parmi les hommes*" (9).

Seulement une autre implication funeste procède de la propriété ; en effet, pour conserver ses terres le propriétaire est obligé de se défendre contre d'éventuels agresseurs et l'on entre sans s'en être

(6) Rousseau, *Second Discours*, 1ère Partie, 1754, Flammarion, p. 201.

(7) Cf. Aristote, *La politique*, trad. J. Tricot, Paris 1961, Vrin.

(8) Cf. Rousseau, *Second Discours*, 1ère Partie, 1754, Flammarion, p. 204.

(9) Cf. Rousseau, *Second Discours*, 2ème Partie, 1754, Flammarion, p. 205.

aperçu dans le fameux état de guerre généralisée. État impliqué naturellement et immédiatement chez Hobbes par sa définition de l'homme originairement agressif tandis que chez Rousseau il est amené à la fin du Second Discours sans presque que l'on s'y attende. De l'âge d'or aux catastrophes naturelles, de la perfectibilité à l'idée de propriété et nous voilà entraînés dans une logique de guerre à laquelle la nature idyllique ne nous avait en rien préparés.

L'ÉTAT DE GUERRE GÉNÉRALISÉE COMME ORIGINE DU PACTE SOCIAL

La crainte de la mort, l'instinct de conservation et l'égoïsme de l'être humain seront les prémisses de la recherche d'une solution. La convention première, pacte à l'origine de la société ne provient que d'une mécanique de peur : comme l'homme n'est jamais sûr d'être toujours le plus fort, comme il risque non seulement la perte de ses biens mais aussi la mort, il devient nécessaire d'inventer une convention qui lui permette de s'unir avec les autres hommes dans une société civile. Ils pactisent donc pour ne pas mourir. Ils s'unissent pour ne pas devenir esclaves des plus forts.

Avec la fin de la forêt était l'achèvement de l'âge d'or ; avec l'avènement de l'intelligence et de l'idée de propriété était la fin de l'état de paix. Les qualités rationnelles de l'être humain se sont retournées contre elles-mêmes : la tyrannie des rapports de forces est instituée, la liberté naturelle est définitivement perdue (10), chaque individu sent peser sur lui le risque de mort.

LE PACTE SOCIAL

Comme les individus par instinct de conservation veulent contracter afin de sortir de l'état de guerre généralisée, ils doivent *"trouver une forme d'association qui définisse et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant"* (11).

Ce pacte est le fondement théorique de toute démocratie ; en effet le pouvoir est octroyé au peuple qui, à l'aide du contrat, devient souverain. Il résonnera par delà les siècles dans les formules de la déclaration de l'homme et du citoyen. Cependant comment l'établir ? Tout d'abord cette convention originnaire par laquelle un peuple est un peuple suppose l'unanimité ; sa clause première est unique, à savoir l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à la communauté. Cela semble *a priori* illégitime, voire même inconcevable, puisque le pacte devait restituer la liberté perdue dans l'état de guerre généralisée ; la justification de cette clause unique est explicitée par Rousseau lui-même : *"en se donnant à tous on ne se donne à personne"*

(10) "L'homme est né libre, et partout il est dans les fers", Cf. Rousseau, *Contrat social* I, 1762, Chap. 1, Flammarion, p. 41.

(11) Cf. Rousseau, *Contrat social* I, 1762, Chap. VI, Flammarion, p. 51.

(12) ; donc le pacte est un contrat de tous avec tous -c'est-à-dire que chaque individu s'associant en toute liberté se trouve engagé sous un double rapport, comme membre du Souverain envers les particuliers et comme citoyen de l'État envers le Souverain-. Comme il n'y a pas d'associé auquel on ne donne le même droit que l'on cède sur soi, on gagne l'équivalent de ce que l'on a perdu et plus de force pour conserver ce que l'on a .On perd la liberté naturelle, toutes nos possessions et tous nos intérêts particuliers. On gagne le droit d'être membre du Souverain, l'égalité devant la loi en tant que citoyen, la liberté civique dans la paix, condition de notre survie.

LE SOUVERAIN

Quelle est sa définition ? C'est une personne morale constituée de membres abstraits obtenus après l'aliénation totale de tous les associés. Sa volonté est générale, c'est-à-dire dirigée vers le Bien commun : la Souveraineté n'est donc que l'exercice de la Volonté Générale.

La Souveraineté a trois modalités d'expression : inaliénable, indivisible et toujours droite.

Inaliénable, car en tant que personne abstraite, il ne peut être représenté que par lui-même : son pouvoir peut être transmis mais en aucun cas sa volonté.

Indivisible car, ou bien sa volonté est générale et elle reflète celle du corps entier composé de tous ses membres, ou bien la volonté n'est que l'image des *desiderata* d'une simple partie du peuple et elle n'est plus générale. Dans le premier cas, c'est un acte de Souveraineté et elle fait loi ; dans le deuxième cas, c'est un simple décret exprimant une volonté particulière...

Afin de mieux comprendre la raison de la rectitude de la Volonté Générale, il est nécessaire de la différencier de la volonté de tous : cette dernière n'est qu'une sommation de volontés particulières visant à montrer les intérêts privés. D'où la *condition sine qua non* de la mécanique du vote démocratique selon Rousseau : "*que chaque citoyen aille devant l'urne et n'opine que d'après lui-même*" (13). En effet, avec cette règle d'or les intérêts égoïstes s'annulent tandis que l'intérêt général enfoui en chacun de nous et ne dessinant que notre tendance naturelle vers le Bien commun ressort de l'urne ; au contraire, *s'il y a des brigues, des milices, des partis* (14), le vote n'exprimera que la volonté particulière la plus importante et la démocratie sera en danger... Seul le groupe le plus fort serait représenté !

Le pouvoir Souverain peut-il être borné ? L'aliénation étant égale pour tous, nul n'a intérêt de la rendre onéreuse aux autres. C'est pourquoi l'aliénation totale produit un effet singulier : "*tout ce que chacun aliène de sa puissance, de ses biens, de sa liberté c'est seulement la partie de tout cela dont l'usage importe à la communauté*"

(12) Cf. Rousseau, *Contrat social* I, 1762, Chap. VI, Flammarion, p. 51.

(13) Cf. Rousseau, *Contrat social* II, 1762, Chap. III, Flammarion, p. 67.

(14) Cf. Rousseau, *Contrat social* II, 1762, Chap. III, Flammarion, p. 67 : "alors il n'y a plus de volonté générale, et l'avis qui l'emporte est un avis particulier.

(15). En effet, le Souverain, expression de la volonté générale ne peut imposer aucune charge inutile; il ne peut pas même le vouloir. Il est donc suranné de pouvoir penser à des limitations du pouvoir souverain puisque les individus eux-mêmes sont inclus dans le pouvoir exécutif. "*Les engagements ne sont obligatoires que parce qu'ils sont mutuels : en les remplissant on ne peut travailler pour autrui sans travailler aussi pour soi*" (16). L'égalité de droit et la notion de justice qu'elle produit dérive de la préférence que chacun se donne et de la nature de l'homme.

D'une part, le pacte proviendrait d'un individualisme forcené et d'un instinct de conservation quasi animal et d'autre part, les associés ne s'imposeraient jamais plus d'aliénations que ce qui est nécessaire à la société.

LA LOI DANS LE CONTRAT SOCIAL

La loi ne sera que l'expression de la volonté générale. Elle ne peut avoir d'objet particulier : elle ignore donc les individus en tant qu'individus. Elle est donc votée par tous, admise à l'unanimité en raison du contrat. Lorsque chacun légifère, il songe à l'intérêt commun général en abdiquant son intérêt particulier ; par ce biais, on retrouve la morale. Il ne suffit pas que *la loi* soit faite par tous, elle *doit être faite pour tous*. La loi ne désignera jamais la volonté de tous qui n'est que la coalition des intérêts particuliers. La loi est l'aliénation de la liberté individuelle pour la liberté civique ; elle n'est ni contraignante, ni injuste puisque c'est une véritable aspiration à la justice pour le Bien de la communauté, aspiration contenue au fond de chaque citoyen. En ce sens l'acte de légiférer préserve l'intérêt commun général.

La loi, acte par lequel se manifeste la volonté souveraine a pour objet de fixer les droits de chacun afin d'assurer l'équilibre de la société ; elle est l'assise de tout l'édifice social puisque la justice émane d'elle et d'elle seule.

Cependant une problématique nouvelle surgit : le peuple sera-t-il assez éclairé pour légiférer par *referendum* ? Alors Rousseau postule à l'origine "*cet être extraordinaire*", ce "*génie*" connaissant "*à fond toutes les passions des hommes sans en éprouver aucune*" (17) : le législateur. Or celui qui écrit la loi sur les tables d'airain n'a aucun pouvoir : il ne peut que proposer. Intervient donc la nécessité de l'éducation des individus par le biais des fêtes civiles, religieuses ou encore par la pédagogie décrite dans "*L'Émile*" : "*Loi la plus importante de toutes qui ne se grave ni sur le marbre ni sur l'airain, mais dans les cœurs des citoyens ; qui fait la véritable constitution de l'État... je parle des mœurs, des coutumes et surtout de l'opinion ; partie inconnue à nos politiques, mais de laquelle dépend le succès*" (18).

Enfin, il ne faudrait pas oublier de noter les ultimes conditions de possibilités d'existence de toute législation : que le pays soit de taille normale et qu'il jouisse de l'abondance et de la paix.

(15) Cf. Rousseau, *Contrat social* II, 1762, Chap. IV, Flammarion, p. 68.

(16) Cf. Rousseau, *Contrat social* II, 1762, Chap. IV, Flammarion, p. 68.

(17) Cf. Rousseau, *Contrat social* II, 1762, Chap. VII, Flammarion, p. 76.

(18) Cf. Rousseau, *Contrat social* II, 1762, Chap. XII, Flammarion, p. 91.

Par son analyse de la loi Rousseau est à l'opposé du dictat de la Volonté Particulière du Souverain de Hobbes qui dit le juste et l'injuste...

LES FAILLES DU CONTRAT

Aucun système théorique ne résiste à l'outil de l'analyse logique. Althüsser dans sa relecture de Rousseau l'a exploité dans son article : "L'Impensé de J.-J. Rousseau : Sur le Contrat Social" (19). Les failles seront mises à jour à la lumière de ce travail.

En premier lieu, **le contrat n'est pas un contrat** (20) ; en effet pour avoir le droit de contracter légitimement, il est nécessaire que deux personnes ou deux groupes abstraits ou concrets échangent sous une forme précise des services ou des biens. De plus, il est évident que ces deux contractants préexistent bien à l'échange. Or la mécanique théorique du contrat de Rousseau est telle que seul le peuple en danger de mort dans l'état de guerre généralisée précède le moment du pacte. L'autre "partie prenante", à savoir le Souverain, n'est constituée que par la clause aliénante du pacte : les membres du souverain n'étant rien d'autre que la résultante de l'aliénation totale de tout le peuple ; c'est-à-dire la conséquence directe de l'unique clause du contrat. Là est la première faille !

Le deuxième décalage procède du premier : il se résume dans **la contradiction entre l'aliénation totale et l'aliénation de la seule partie dont l'usage importe à la communauté**. Comment l'expliquer ? L'aliénation absolue est la condition même d'existence du pacte tandis que l'aliénation partielle est la résultante du pacte. Or si le Souverain ne dépossède pas de tout, c'est justement parce qu'il est constitué des mêmes individus en raison de la première faille susdite. *"Entre les sujets et le Souverain, nul besoin d'un arbitre, puisque le souverain n'est que l'union des individus eux-mêmes, existant comme membres du Souverain dans la forme même de l'union"* (21). Rousseau tout en gardant l'héritage le plus contraignant de Hobbes, à savoir le pouvoir absolu du Souverain comme essence même de tout pouvoir *"transforme l'aliénation totale dans l'extériorité en aliénation totale dans l'intériorité"* (22). Là se trouve le génie de résolution de l'auteur.

Le troisième décalage s'inscrit dans l'explicitation de la **mécanique du vote**. Certes la volonté générale s'inscrit dans chaque individu isolé : c'est le présupposé théorique de Rousseau que l'on ne peut éluder. Les citoyens vont voter selon eux-mêmes, c'est-à-dire selon leurs intérêts égoïstes. Ce qui revient à dire que chaque intérêt particulier contient en soi l'intérêt général, chaque volonté particulière contient en soi la volonté générale. Ce qui montre un visage de

(19) n° 8, *Cahiers pour l'Analyse*, Bibliothèque du Graphe Cercle d'Épistémologie de l'E.N.S.

(20) Cf. aussi Deguy : Le contrat serait un "quasi contrat".

(21) Althüsser, *Cahiers pour l'Analyse* 8 Sur le Contrat Social (Les décalages), p. 25.

(22) Althüsser, *Cahiers pour l'Analyse* 8 Sur le Contrat Social (Les décalages), p. 23.

Rousseau inattendu et peu idéaliste : le moteur explicite de la volonté générale serait l'égoïsme de l'individu. Le vote démocratique serait perverti non par les citoyens eux-mêmes mais par l'institution de votes bloqués de groupes d'intérêts particuliers : "*dans les individus les plus corrompus la volonté générale n'est jamais détruite*" (23). Ainsi l'auteur du Contrat Social sauve la démocratie quels que soient ses membres du moment qu'elle évite la formation des brigues et milices. Selon Althüsser là réside encore une faille logique -intérêt particulier, condition *sine qua non* de l'expression de l'intérêt général- qui permet à Rousseau de sauver à tout jamais le corps social .

Le quatrième décalage procède du précédent car il concerne les conditions du bon fonctionnement de la volonté générale dans l'avenir des démocraties. Il faudrait nécessairement défendre et *restaurer* sans cesse *la pureté de la conscience individuelle* c'est-à-dire l'Intérêt particulier *condition sine qua non* de l'intérêt général.

Reprenons le mouvement théorique rousseauiste (24). A l'origine était le législateur, mais dans l'avenir historique des États, seule l'éducation des citoyens pourrait éviter la confusion des intérêts particuliers des groupes de pression. Éducation rythmée individuellement par le livre de *l'Émile* et collectivement par les Fêtes Civiles et Religieuses. L'éducation, moteur de la non dégénérescence de la volonté particulière donc de la volonté générale est une religion civile à part entière : une véritable idéologie morale et politique. La faille est enfin dénoncée ; seul l'entretien d'une idéologie dans le cœur des citoyens permettrait l'application pratique du Contrat Social dans l'avenir de l'histoire des États.

Mais ce décalage peut s'illustrer autrement : deux principes fondamentaux permettent l'existence de la société. En premier lieu, la liberté, car "*toute dépendance serait autant de force ôtée au corps de l'état*" (25). En second lieu, "*l'égalité parce que la liberté ne peut subsister sans elle*" (26). Ce qui implique une législation allant à l'encontre du développement économique avec le rêve sous-jacent d'États pratiquant soit la production de type artisanal, soit le commerce indépendant. Le passage du contrat social de la théorie à la pratique dans son avenir historique ne pourrait donc s'établir que dans des États "*ni trop grands... ni trop petits*" et obligerait à une sorte de régression économique (27).

(23) Althüsser, *Cahiers pour l'Analyse* 8 Sur le Contrat Social, p. 35 (Éd. du Graphe E.N.S.).

(24) Le mouvement suivant : Lois - opinions - mœurs - volonté particulière, Cf. Althüsser, *Cahiers pour l'Analyse* 8 Sur le Contrat Social, p. 39 (Éd. du Graphe E.N.S.).

(25) Althüsser, *Cahiers pour l'Analyse* 8 Sur le Contrat Social, p. 40 (Éd. du Graphe E.N.S.).

(26) Althüsser, *Cahiers pour l'Analyse* 8 Sur le Contrat Social, p. 40 (Éd. du Graphe E.N.S.).

(27) "Mais à quel saint se vouer pour obtenir cette impossible réforme économique régressive ? Il ne reste que la prédication morale, c'est-à-dire l'action idéologique. Nous sommes au rouet". Althüsser, *Cahiers pour l'Analyse* 8 Sur le Contrat Social, p. 42 (Éd. du Graphe E.N.S.).

La cinquième faille s'insère dans la problématique des rapports entre l'exécutif et le législatif (28). Rousseau, on le sait est hostile au système de représentation directe de la souveraineté du peuple. Seulement les hommes désignés pour faire office de représentation, "*sitôt élus ils sont esclaves, ils ne sont rien*". Pour l'auteur la suprématie des pouvoirs est octroyée au législatif puisqu'il énonce la Volonté Générale ; le pouvoir exécutif n'est qu'une émanation de la souveraineté dite par les représentants du peuple. Triste destin de l'incarnation dans des êtres humains ! En ce sens le gouvernement court un grave danger, car les passions de l'homme peuvent amener ce dernier à usurper la souveraineté (29). Rousseau octroie alors immédiatement au peuple le droit de rompre le contrat et même celui de descendre dans la rue...

Alors toutes ces failles logiques justifieraient-elles que la mécanique théorique du Contrat social est vouée à l'échec (30) lorsqu'elle tente de s'inscrire dans une représentation gouvernementale ? Ou encore cela transcrirait-il simplement l'impossibilité du passage théorie-pratique ?

D'un contrat qui n'en est pas un à un Souverain abstrait, d'une volonté générale qui se résume en un intérêt particulier, d'une nécessaire idéologie pour le salut du pacte social, d'une puissance exécutive sans autre pouvoir que l'obéissance à la puissance législative et courant le risque de surcroît d'être laminée par une remise en question révolutionnaire : là est le drame du Contrat Social.

TRANSCRIPTION DES FAILLES LOGIQUES DU CONTRAT SOCIAL DANS LA DÉCLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN

Que ce soit dans le texte de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 ou dans celui de la Constitution du 24 juin 1793, l'inspiration de Rousseau est évidente. Tous les concepts clés sont exprimés : "Bien commun", "volonté générale", "liberté civique", "souveraineté du peuple", "loi égale pour tous" ... On pourrait se demander alors si ces écrits ne véhiculent pas les failles logiques décrites précédemment ?

A priori le titre "l'homme et le citoyen" masque déjà une première ambiguïté : car, selon la théorie rousseauiste, l'homme a aliéné toute son individualité pour devenir, ou "*membre du Souverain*", ou "*citoyen*" par le pacte social. Le vocable "et" cache un "ou" puisqu'il y a assimilation des deux parties prenantes du Contrat. De plus, l'humain trop humain a été définitivement perdu dès la fin du *Second Discours*. La première faille logique se cache donc derrière les termes "**homme**" et "**et**". Ce décalage est encore évité à l'aide du mot "**Nation**" dans

(28) Faille non perçue par Althüsser mais par Derathé.

(29) Cf. Rousseau, *Contrat Social*, le titre du livre III chapitre 10 "*De l'abus du gouvernement et de sa pente à dégénérer*"

(30) "Échec admirable d'une théorie sans précédent : le Contrat Social", Cf. Althüsser, *Cahiers pour l'Analyse* 8 Sur le Contrat Social, p. 42 (Éd. du Graphe E.N.S.).

l'article 3 : "Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation".

La contradiction entre l'aliénation totale et l'aliénation partielle, deuxième faille logique est soulignée dans l'article 14 : "Les citoyens ont le droit de constater par eux-mêmes ou par leurs représentants la nécessité de la contribution publique... et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée". Or n'est-ce point surtout le Souverain qui indique cela ? Mais comme cette personne morale abstraite se constitue des individus d'antan ayant tout aliéné, l'article masque savamment l'ambiguïté de ce pseudo-contrat par le jeu entre "citoyens" et "représentants" : or les citoyens doivent et ne déterminent rien tandis que les représentants eux sont les seuls à pouvoir déterminer... Le "ou" devient un plâtre habile et factice.

Des analyses identiques pourraient être poursuivies (31). Le décalage III entre la volonté générale ou/et l'intérêt particulier s'illustrerait dans l'article 6 : "La loi est l'expression de la Volonté Générale. Tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement ou par leur représentants à sa formation".

Le décalage IV, ou de l'idéologie à la régression économique comme uniques permissivités du passage théorie-pratique, s'expliqueraient dans l'article 10 (32) pour sa première formulation et dans l'article 1 (33) pour sa deuxième modalité d'expression.

On peut voir apparaître plus nettement dans les articles 25 -27 - 31 - 33 et 35 de la Constitution du 24 juin 1793 le décalage V, à savoir le délicat problème de la représentation gouvernementale et de sa tendance à dégénérer en tant que pouvoir exécutif :

- Art. 15 : "La Souveraineté réside dans le Peuple".

- Art. 27 : "Que tout individu qui usurperait la Souveraineté soit à l'instant mis à mort par les hommes libres".

- Art. 31 : "Les délits des mandataires du peuple et de ses agents ne doivent jamais être impunis".

- Art. 33 : "La résistance à l'oppression est la conséquence des autres Droits de l'Homme".

- Art. 35 : "Quand le Gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est pour le peuple le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs".

Fidèle à Rousseau, la Constitution institue même de droit l'insurrection pour pallier les dégénérescences dues au dernier décalage.

Si on peut suivre dans les écrits de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen et de la première Constitution la trame et le dessin des failles logiques du modèle théorique de Rousseau et si ces textes président au soubassement de toute démocratie, quel peut être le devenir de cette notion ? Habitée par des décalages ne contiendrait-elle pas en soi sa dégénérescence : révolution, césarisme ?...

(31) Cette analyse succincte, simplement annoncée ici, pourrait être plus détaillée à l'occasion d'un autre écrit.

(32) Art. 10 : "Nul ne doit être inquiété pour ses opinions même religieuses pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi".

(33) Art. 1 : "Les hommes naissent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune".

**LE LIBAN OU
LA FAILLITE DE LA DIPLOMATIE
OCCIDENTALE EN
MÉDITERRANÉE ORIENTALE**

Par

Ali NEFZAOUI

INTRODUCTION

I - LE LIBAN, FRUIT DE L'HISTOIRE

A - LA CONVOITISE CHRÉTIENNE

B - LA CONVOITISE JUIVE

1°) L'élévation de la prétention Juive

2°) La persistance de la prétention Juive

II - LE LIBAN, ŒUVRE DE LA CIVILISATION CONTEMPORAINE

A - ÉCHEC DE LA PRÉTENTION ORGANISÉE

1°) L'intervention des acteurs traditionnels européens

2°) La menace nazie

B - ÉCHEC DE LA PRÉTENTION DÉSORGANISÉE

1°) La fausse manœuvre Franco-Britannique

2°) La fausse manœuvre Américano-Soviétique

III - LE LIBAN ET LA SOUVERAINETÉ DE L'ARABISME

A - LA PLACE DU LIBAN DANS L'ARABISME

B - LA SOUVERAINETÉ RÉCLAMÉE

C - LA SOUVERAINETÉ RECOUVRÉE

D - LA SOUVERAINETÉ EXERCÉE

EN GUISE DE CONCLUSION

INTRODUCTION

Le Liban constitue deux livres à la fois. Le premier est là ouvert devant tous. Il occupe une place importante dans les pages de l'actualité internationale, dans laquelle se bousculent et se succèdent, à grande vitesse, les images des intégrismes, des passions, des intransigeances, des violences, des terrorismes, des barbaries, des larmes, de la peur et de l'insécurité...

L'autre livre, qui est, sans doute, le livre du livre, et, qu'en chacun de nous, nous essayons de déchiffrer pour tenter de comprendre ce qui déchire les Libanais, qui assistent complaisants ou complices, à la destruction sauvage des cèdres du Liban, n'a pas encore été rédigé. La rédaction de ce livre libanais n'est pas aisée, car évoquer aujourd'hui, le problème du Liban ne se limite pas uniquement à dénombrer les morts, les blessés et les obus. Le drame du Liban n'est pas un simple fait divers. Le drame du Liban n'est pas non plus seulement une question de communautés chrétiennes et musulmanes en mal de vivre harmonieusement, où les minarets des uns se dressent contre les églises des autres, ni l'incompatibilité des synagogues avec le paysage de l'Islam. Au Liban coexistent, plutôt mal que bien, depuis fort longtemps, près de vingt communautés différentes que la foi ne sépare pas et que la vision de la vie n'unit pas. Seule une lecture simultanée des deux livres peut expliquer l'étendue de la crise du Liban alimentée en même temps, et sans cesse, par des facteurs tant endogènes qu'exogènes, qui font du Liban, l'image même de la complexité complexe de la société humaine. Les problèmes internes qu'engendre la coexistence de minorités religieuses remplissent les pages dramatiques du premier livre du Liban. Les échos des événements du Liban, par leurs répercussions et leurs incidences internationales, introduisent le second.

L'onde de choc des conflits internes du Liban a toujours été ressentie dans les capitales de l'Europe chrétienne. Depuis le Moyen-âge, l'existence d'un îlot arabe chrétien pro-occidental par affinités confessionnelles dans un océan arabe-musulman, plutôt anti-occidental, a servi de prétexte pour justifier les interventions étrangères dans le domaine arabe. Par leurs implications, les problèmes du Liban sont en fait une donnée constante de l'histoire des rapports de l'Occident chrétien avec l'Orient arabe. Ces problèmes font du Liban le fruit de l'histoire et l'œuvre de la civilisation contemporaine, en même temps.

I - LE LIBAN, FRUIT DE L'HISTOIRE

Quand l'Occident a perdu le masque derrière lequel il dissimulait ses convoitises coloniales, la situation géostratégique du Liban, le place de nouveau dans l'engrenage (1) d'un monde bipolarisé dont les acteurs principaux cachent à peine leurs prétentions de gérer le monde arabe. Ce monde, aujourd'hui encore, est tellement pénétré par les puissances étrangères qu'il se présente à tout point de vue, comme un espace international. De ce fait, il est très convoité. Sa gestion est très disputée. Ses habitants tentent depuis longtemps de s'en charger.

Bien des choses ont évolué dans le monde ; mais les comportements politiques vis-à-vis de l'Orient arabe demeurent primaires et, rien n'a changé à son égard. En raison de sa situation au carrefour de quelques-unes des routes mondiales les plus importantes pour le commerce, les communications et les transports internationaux, de sa proximité à la fois des sources d'approvisionnement et des marchés mondiaux, de son ouverture sur la Méditerranée, sur la Mer Rouge, sur le Golfe Arabe et sur l'Océan Indien; ainsi que son immense richesse en produits énergétiques, le monde arabe suscite, comme du temps des ruées vers les épices, la convoitise des politiques et la cupidité des impérialistes.

Le monde arabe est incontestablement le berceau des religions monothéistes. De ce fait, la Mecque, Jérusalem ou Kairouan pourraient être regardées comme autre chose que des lieux géographiques. Ces cités pourraient constituer une partie du patrimoine culturel de l'humanité, si l'Occident n'avait inculqué à l'Orient arabe des idées comme celle de la souveraineté nationale qui a réveillé l'idée étouffée par l'Empire Ottoman, l'arabisme. Dans ces conditions, la Mecque, Jérusalem et Kairouan ont besoin d'être protégées, non en tant que Cités Universelles, mais en tant que territoire national ou seule l'autorité arabe a l'exclusivité souveraine d'être exprimée, entendue et exercée. S'il en était autrement, pour quelle raison les arabes-musulmans se verraient-ils refuser un droit de regard sur les Républiques islamiques-soviétiques, sur l'Inde, sur les Philippines et, les arabes-chrétiens, sur le Vatican ou sur Lourdes ?

Malgré ses richesses matérielles et spirituelles, la partie arabe du monde musulman fut relativement, jusqu'au percement du Canal de Suez, épargnée de la domination étrangère directe. Le Canal de Suez a radicalement transformé la position stratégique de cette partie du monde. Attirées par ses richesses matérielles, les puissances coloniales se sont fondées sur les arguments spirituels pour dissimuler leur convoitise et justifier leur bousculade dans une région riche désignée, certes, par les prophéties comme lieux de révélation des religions célestes.

(1) Philippe Caffin soutient que : "L'Occident n'a jamais admis le joug arabe, et le Moyen-Age chrétien vit dans le rêve de libérer les Lieux Saints". Il ajoute qu'"il aurait fallu... une autre politique pour assurer l'avenir du royaume franc et écarter définitivement l'Islam des bords orientaux de la Méditerranée". ; Des croisés à Moshe Dayan, in Miroir de l'Histoire, n° 213, 1967, p. 81.

Sans être, à aucun moment, un espace disponible, le monde arabe fut de tout temps l'objet de prétentions diverses. Quand, suite à la crise de Suez en 1956, la faillite de l'influence de la France et de la Grande-Bretagne a été prononcée, les États-Unis, sous prétexte d'empêcher l'extension du communisme international, ont cru le moment opportun d'en assurer la relève. L'opposition ferme de l'URSS au dessein américain place le monde arabe au centre de la guerre froide.

A - LA CONVOITISE CHRÉTIENNE

Depuis la défaite des Arabes à Poitiers, la suprématie de la rive Occidentale de la Méditerranée sur sa côte Orientale n'a cessé de s'amplifier. Cette tendance s'est accompagnée par l'apparition d'une certaine civilité dans les relations internationales dénonçant et interdisant la conquête d'espaces peuplés, socialement et politiquement organisés. Le droit de l'Occident à la stabilité et à la sécurité internationales n'excluait pas le monde arabe de son champ d'application. Cependant, l'importance de ce monde s'avère capitale pour l'équilibre et le développement du reste du monde. Cela ne suffisait-il pas pour la recherche de prétextes dissimulant les convoitises coloniales qui légitimeraient l'intervention d'une puissance, consciente de sa suprématie, dans un domaine dont l'appropriation contribuerait à l'accroissement de sa prospérité et de sa crédibilité internationales.

L'existence, au sein du monde arabe dominé par l'Islam, de minorités chrétiennes a toujours servi de prétexte à Londres, Paris et Saint-Pétersbourg, pour se précipiter, au Liban surtout, à porter secours respectivement (2) aux arabes druzes, aux arabes maronites et aux arabes grecs orthodoxes, chaque fois que les communautés arabes ont eu recours à la violence pour essayer de régler leurs problèmes de cohabitation dans leur domaine national.

Le mouvement des forces navales françaises, américaines et soviétiques, en août 1989, en Méditerranée Orientale vers les eaux territoriales du Liban où la guerre civile fait rage, s'inscrit dans la continuité de la politique interventionniste de l'Occident chrétien. Cette manifestation rappelle l'expédition (3) dépêchée par Napoléon III en 1860 au Liban où, le Général de Beaufort d'Hautpoul a débarqué à la tête d'un contingent de 6.000 hommes et, ne diffère en rien du débarquement des marines américaines à Beyrouth en 1958 et des parachutistes britanniques à Amman à la même époque.

L'affirmation du Président de la République Française du caractère humanitaire des manœuvres des forces navales françaises de 1989, au large des frontières libanaises, rappelle à son tour, les termes de la lettre adressée le 21 mai 1250 par Saint-Louis au Patriarche du Liban, dont la teneur suit : "Pour nous et pour nos successeurs sur le

(2) Alain Cresh et Dominique Vidal, *Les 100 portes du Proche-Orient*, éd. Autrement, Paris, 1986, pp. 168, 170 et 172.

(3) Sur les ambitions françaises de l'époque, voir : C. Cherfils, *Bonaparte et l'Islam*, d'après les documents arabes et français, éd. Pédone, Paris, 1914.

trône de France, nous vous promettons, à vous et à votre peuple, une protection spéciale, comme nous la donnons aux Français eux-mêmes".

Depuis la prise de Jérusalem par les croisés, le 15 Juillet 1099, la France se fait reconnaître le privilège de protéger les lieux Saints de Palestine et, sous le règne de François 1er, en 1535, la défense des chrétiens du Liban. Mais la question libanaise n'est pas qu'une préoccupation de la France ancienne seulement. En effet, depuis que la Communauté Internationale s'est organisée dans le cadre de l'ONU, l'envoi de Forces Internationales au Liban pour y maintenir la paix, montre bien que le problème du Liban est une affaire mondiale. La contribution des Pays Occidentaux à près de 100 % du budget de cette force souligne l'intérêt particulier que voue l'Occident chrétien aux problèmes du Liban arabe. Mais cette contribution ne dévoile pas les motivations véritables de ses auteurs. Il a fallu attendre près de sept siècles après la prise de position de Saint-Louis pour que, le 28 mai 1833, Lamartine trahisse le secret des véritables motivations qui animent les Politiques Orientales des Puissances Occidentales. Dans son plan de conquête de l'Orient arabe, Lamartine soutient : "Qu'un aventurier européen avec cinq ou six mille soldats d'Europe, peut aisément renverser Ibrahim et conquérir l'Asie de Smyrne à Bassora et du Caire à Bagdad, en marchant pas à pas, en prenant les Maronites du Liban pour pivot de ses opérations, en organisant derrière lui, à mesure qu'il avancerait et en faisant des chrétiens d'Orient son moyen d'action, d'administration et de recrutement".

Séquelle de la longue confrontation entre la Croix et le Croissant, la politique orientale de l'Europe Occidentale s'inscrit dans la continuité historique des relations intenses, pacifiques ou violentes avec les pays de la Méditerranée Orientale (4). Les Puissances Occidentales, la France surtout, imprégnées ou obnubilées par le souvenir d'un passé révolu des Guerres de Religion, ne parviennent pas encore à s'avouer, malgré l'expérience vécue, que le critère religieux n'est pas un critère séparatiste des mosquées et des églises arabes. N'était-ce pas bien, indépendamment du facteur confessionnel, que la solidarité arabo-islamo-chrétienne se soit manifestée d'une manière aussi catégorique que significative pour affronter la chrétienté occidentale brandissant la croix et dissimulant à peine, derrière l'étendard du christianisme, les appétits expansionnistes d'un Occident fort, arrogant et conquérant ?

Les services secrets anglais et français avaient-ils oublié de noter qu'au moment du démantèlement de l'Empire Arabe, Amin-El-Rihani, arabe chrétien maronite libanais, prêchait dans la Péninsule

(4) Soleiman Frangié, ancien Président de la République libanaise a affirmé au cours de plusieurs déclarations de presse que les Etats-Unis ont cherché, en un premier temps, à implanter les Palestiniens au Sud-Liban et à évacuer les chrétiens libanais vers le Canada. Devant l'échec de ce projet, les américains ont alors, en un deuxième temps, à partir de 1978, pensé créer un Etat chrétien au Liban (voir à titre d'illustration les déclarations à la Revue Al-Joumhour du 3 mai 1978, et au quotidien Al-Anouar du 27 août 1979).

arabique, l'impérieuse nécessité de l'unité arabe (5). Faute de quoi les arabes demeureraient des marionnettes que les grandes puissances impérialistes manipuleraient à leur gré. Des marionnettes arabes à la solde de l'impérialisme, il y en a eu. Même Israël s'en est servi pour tenter de réaliser le rêve de Ben Gourion de créer un contre-poids au nationalisme arabe dans l'espoir de favoriser le développement du "Grand Israël".

B - LA CONVOITISE JUIVE

Israël, dans la légalité internationale, fait partie du tumultueux présent arabe et de l'incertitude de son avenir. Les Juifs ont été chassés de la Palestine Antique par les Romains en 135 après J.C. L'expansionnisme juif se fonde sur les Écritures Saintes, remontant à plus de 3.500 ans, qui lèguent au Peuple Juif un territoire situé entre le Nil et l'Euphrate.

1°) - L'élévation de la prétention Juive

La prétention juive ne prit forme qu'à la fin du XIX^{ème} siècle, quand Théodore Herzl faisait valoir à différents pays européens les avantages qu'une Palestine juive pouvaient leur procurer (6).

D'un côté, aux Allemands et aux Russes, le projet Herzl suggère une idée susceptible de résoudre leur problème avec le "trop plein" de juifs en les exportant là où un "grand vide" s'offrait. Mais l'Allemagne avait programmé autre chose pour les juifs d'Europe. Outre l'ignoble "solution finale" adoptée par Hitler, il a été envisagé déjà du temps de Bismarck en 1927, dans le "Project Madagascar", dont des extraits sont publiés dans l'hebdomadaire "En ce temps là"

(5) G. Corm, L'Europe et l'Orient, de la balkanisation à la libanisation : histoire d'une modernité inaccomplie, éd. La Découverte, Paris, 1983, p. 232.

(6) Pour une vue complète sur l'histoire du mouvement sioniste et sur le sionisme comme idéologie politique voir :

- S. Avineri, Histoire de la pensée sioniste, J.C. Lattès, Coll. "Judaïques", Paris, 1982.

- E. Barnavi, Une histoire moderne d'Israël, Flammarion, Paris, 1988.

- A. Dieckhoff,

• Le sionisme comme racisme, genèse, expansion, itinéraires, résurgences d'une équation perverse, Thèse, Paris X - Nanterre, 1983.

• Les Espaces d'Israël. Essai sur la stratégie territoriale israélienne, Presses de FNPS, Paris, 1989.

- R. Garaudy, L'affaire Israël, le sionisme politique, Papyrus, Paris, 1983.

- T. Herzl, L'Etat juif, Stock, Coll. "Judaïsme-Israël", Paris, 1981.

- A. Herzlberg, The Zionist idea, Atheneum, New-York, 1969.

- W. Laqueur, Histoire du sionisme, Calmann-Lévy, Coll. "Dispora", Paris, 1973.

- Y. Manor, Naissances du sionisme politique, Gallimard, Coll. "Archives", Paris, 1981.

- D. Vital,

• The Origins of Zionism, 1975, Charendon Press, Oxford.

• Zionism : the Formative Years, 1982, même éd.

• Zionism : the Crucial Phase, 1987, même éd.

n° 29 paru en février 1972, de "confiner le Peuple Juif tout entier dans une île" : Madagascar ou la Guyane. Le 11 mai 1937, la France rend publique son adhésion au projet par l'intermédiaire de son Ministre des Colonies de l'époque. Dans l'interview publiée par le "Petit Parisien", le Ministre français soutient que l'ouverture de Madagascar à l'immigration juive est un témoignage de la France de "son libéralisme à l'égard des nations ne possédant pas d'empire colonial" (7).

D'un autre côté, aux Turcs, le projet Herzl fait miroiter les moyens d'éponger la gigantesque dette publique de l'Empire contre la concession d'une infime partie de l'Empire appelée, Palestine. Par ailleurs, le projet Herzl, proposé aussi aux Britanniques, aurait pu inspirer ce que Sir Henry Campbell, courageux de ses opinions, a suggéré, "l'implantation d'un obstacle humain, puissant et étranger pour occuper le pont terrestre qui relie l'Asie à l'Afrique et constituer dans cette région, à proximité du Canal de Suez, une puissance amie à l'impérialisme et ennemie des habitants de la région". Une présence sioniste près du Canal de Suez a sans doute été l'idée de Lord Arthur James Balfour qui déclare en 1917, que le Gouvernement de sa Majesté envisage favorablement l'établissement d'un foyer national pour le Peuple Juif, en Palestine, en remplacement de la célèbre proposition de l'été 1903, du même gouvernement de Sa Majesté, s'engageant à établir une colonie juive en Ouganda (8). Entre les deux guerres, Haim Weizmann qui était le principal dirigeant du mouvement sioniste accepta que le Peuple Juif serve de légion qui, disait-il : "serait une sauvegarde pour l'Angleterre, particulièrement en ce qui concerne le Canal de Suez", où elle formera "une garde effective" de cette voie d'eau constituant depuis plus de 2.000 ans avant J. C., déjà à l'époque du Pharaon Sénoustret III, un enjeu économique-stratégique de première importance.

La tractation n'avait rien de philanthropique et, sa conséquence allait en fait orienter le destin de la nation arabe toute entière. En effet, la succession de diverses dominations enrichissait, au fur et à mesure de leur passage, de quelques pages supplémentaires le Grand Livre de l'Histoire Arabe. Toutefois, quelles que fussent l'étendue et la durée des pouvoirs de chacune de ces puissances dominantes, aucune n'a imaginé troquer une partie du Territoire Arabe comme l'avait fait la Grande-Bretagne au moment de la déclaration de Balfour. Selon François Plessier : "En 1917, la fabrication des bombes se trouva entravée par le défaut d'acétone. Le Professeur Weizmann, qui était un éminent chimiste en même temps qu'un des champions du sionisme, proposa au cabinet britannique de lui céder un brevet de ses inventions, qui permettrait de remédier à la situation. Il ne demandait rien pour lui-même, mais un engagement à l'égard de son peuple". Pour la Grande-Bretagne, "business is business", aussi cette puissance allait-elle honorer ses engagements vis-à-vis de Weizmann en reniant autoritairement l'arabité de la partie de la Syrie située à l'ouest des districts de Damas, de Homs, de Heina et d'Alep, coupant ainsi la

(7) in En ce temps là, n° 125, p. 27, Le "Project Madagaskar".

(8) A. Dieckhoff, Les trois combats du sionisme, in l'Histoire, n° 125, sept. 1989, p. 38.

Syrie du couloir d'accès direct au Liban. Néanmoins, cette tractation demeurait privée et ne pouvait engager que ses auteurs. C'est la raison pour laquelle, la Grande-Bretagne, prétextant de la situation difficile à gérer du fait de l'élévation sur la Palestine des prétentions de deux nationalismes, décide, le 14 février 1947, de "porter le problème arabe dans son ensemble aux Nations-Unies". L'Assemblée générale des Nations-Unies prit sa malheureuse résolution 181 du 29 novembre 1947 fixant la fin du mandat pour la Palestine, au 1er août 1948 au plus tard. Cette résolution consacre, pour la première fois, la création d'un État Juif. Elle plonge, depuis, les pays arabes dans une instabilité vertigineuse et inquiétante, comme souhaitée par l'Occident.

Si, dans quelques esprits, le vocable Occident évoque l'Europe Occidentale, l'URSS n'est pas moins impliquée dans la désorganisation du monde arabe. Partie au Traité de Sèvres même s'il a été dénoncé, pour la forme, par la Révolution Bolchévique, l'URSS était l'un des premiers États à reconnaître l'État d'Israël dont elle avait soutenu la création. Le 14 mai 1947, Gromyko, exprimant le point de vue de son pays, déclarait à l'ONU que : "Les intérêts tant des juifs que des arabes de Palestine ne peuvent être protégés comme il convient par la création d'un État judéo-arabe démocratique, indépendant, double mais homogène", mais en "raison des relations de plus en plus tendues entre juifs et arabes (...) le partage du pays en deux États indépendants". L'URSS avait fourni, via la Tchécoslovaquie aux conquérants venus des quatre coins du monde, les armes nécessaires qui avaient permis à Israël d'écraser non seulement les légions arabes entrées en Palestine le 15 mai 1948, mais surtout d'imposer aux arabes l'application de la résolution de partage par la force des armes que les Arabes n'avaient pas.

Cette force a permis à Israël de remporter toutes les guerres qui l'avaient opposées aux Arabes, de garantir sa sécurité et assurer sa survie, mais aussi de remplir aujourd'hui pour le compte de l'Occident la fonction souhaitée jadis par Sir Henry Campbell. C'est ce que reconnaît en tout cas, Charlie Bitton, dans le numéro de 1979 des "Temps Modernes" consacré au "Second Israël". Le dirigeant des Panthères noires soutient que : "C'est en fait depuis sa création que l'État d'Israël a aspiré à être un bastion, un créneau de l'Occident, des États-Unis au Moyen-Orient".

2°) - La persistance de la prétention Juive

Israël fait sienne la stratégie de "balkanisation" du Liban avouée par Moshé Sharret, ancien Ministre des Affaires Étrangères d'Israël, dans ses mémoires dont un extrait est publié dans "Le Monde Diplomatique" de septembre 1982. Le journal parisien cite sous le titre "Un vieux rêve israélien" que : le 27 février 1954, Sharret rendait compte d'une réunion avec Ben Gourion, Dayan et Lavon. "C'est le moment pour les maronites dans ce pays, dit Ben Gourion, de proclamer un État chrétien. Je réponds que c'était insensé. Car un Liban chrétien devrait abandonner Tyr, Tripoli, la Békaa et il n'y a pas de force au monde qui puisse ramener le Liban à ses dimensions

d'avant la première Guerre Mondiale, surtout parce qu'il perdrait alors sa raison d'être économique..."

Le même jour, Ben Gourion précisait dans une lettre à Sharett que "Le Liban était le maillon le plus faible de la Ligue Arabe" et que "les chrétiens formaient la majorité de la population dans le Liban historique, une majorité ayant une tradition et une culture différente de celle des autres membres de la Ligue..."

Il ajoutait : "Dans ses frontières élargies (la France a commis la plus grave erreur en étendant les frontières du Liban), les musulmans ne sont pas libres d'agir comme ils le veulent, même s'ils avaient la majorité, par peur des chrétiens (9). La création d'un État chrétien est par conséquent un acte naturel : elle a des racines historiques (...) En temps normal, ce serait pratiquement impossible (...) Mais dans les moments de confusion, de révolution ou de guerre civile, la situation change et même les plus faibles se proclament héros. C'est peut-être le moment de créer un État chrétien dans notre voisinage. Cela signifie que, cette fois, toute l'énergie et tous les moyens doivent être employés dans ce but et que nous devons agir dans toutes les directions pour provoquer un changement radical au Liban. "Notre but ne sera pas atteint sans une redéfinition des frontières du Liban. Mais si nous pouvions trouver au Liban des hommes ou des émigrés libanais qui puissent mobiliser (la population) pour la création d'un État maronite, des frontières élargies et une importante population musulmane ne leur seraient plus utiles" (10).

Le 16 mai 1954, à la suite d'une réunion des responsables de la Défense et des Affaires Étrangères, Sharett écrivait, parlant du Chef d'état-major, Moshé Dayan : "selon lui, il serait seulement nécessaire de trouver un officier, fût-ce un simple major. Nous pourrions gagner sa sympathie ou l'acheter pour l'inciter à se proclamer sauveur des maronites. Alors, l'armée israélienne entrerait au Liban, occuperait le territoire nécessaire et installerait un régime chrétien qui s'allierait à Israël. Les territoires au sud du Liban seraient totalement annexés par Israël et tout irait pour le mieux". Le 28 mai 1954, Sharett écrivait : "Le chef d'état-major a soutenu un plan visant à soudoyer un officier (libanais) qui accepterait de servir de marionnette, afin que l'armée israélienne paraisse répondre à un appel pour la libération du Liban de ses oppresseurs musulmans".

La perspective de créer au Liban un État à caractère confessionnel entraînerait inéluctablement l'éclatement de tout l'Orient

(9) Pour opinion contraire, voir G. Corm, op. cit., p. 337. L'auteur soutient que : "le nationalisme arabe... a marginalisé le religieux, valorisant le concept national dans son aspect de regroupement transcendant les particularismes religieux. La participation massive des chrétiens arabes à ce sentiment national confirme, en dépit de toutes les perversions révolutionnaires... une légitimité moderne à l'euro péenne".

(10) Déjà le 21 mai 1948, Ben Gourion écrivait dans son "journal" : "Le talon d'Achille de la coalition arabe, c'est le Liban. La suprématie musulmane dans ce pays est artificielle et peut être aisément renversée, un Etat chrétien doit être instauré en ce pays...". Cité par Michel Bar-Zohar dans le "Prophète armé", Bibliographie de Ben Gourion, p. 139.

arabe en une kyrielle de mini-États druze, maronite, juif, chiite, etc... (11) nécessairement inféodés à une puissance plus grande et, aboutirait à la disparition définitive de l'entité arabe que les arabes ne veulent pas. En manipulant judicieusement les contradictions des minorités religieuses au Liban, Israël, depuis sa création, a contribué efficacement à la déstabilisation du pays où, à chaque échéance des élections présidentielles, le choix de "l'homme providentiel" susceptible d'apaiser les tensions internes et de concilier entre les intérêts externes, apparaît à tout point de vue comme un "casse tête chinois", tant pour les libanais eux-mêmes que pour la Communauté Internationale dans son ensemble.

L'élection d'une personnalité libanaise à la Magistrature Suprême du Liban est en elle-même une difficulté internationale. Déjà en 1938, Édouard Daladier, effaré par le borbier confessionnel libanais avait chargé l'Ambassadeur Gabriel Puaux de chercher une solution inédite aux problèmes du Moyen-Orient. Il en suggéra une, épatante, qui préconisait l'installation à Beyrouth d'un roi qui serait protestant et suédois de surcroît : le Prince Bernadotte, en l'occurrence. Il est vrai que Puaux était natif de Stockholm, où son père était pasteur. On peut aussi rappeler la boutade de l'éditorialiste de l'Événement qui, en septembre 1989, dans sa très sérieuse analyse consacrée au dernier demi-siècle de l'histoire mouvementée du Liban, suggérait avec humour, qu'un "Empereur bouddhiste ramènerait peut-être la paix sur la terre libanaise martyrisée" (12).

La difficulté de gérer le Liban est le miroir où se reflète avec fidélité celle de gérer l'espace arabe dans son ensemble et explique, par conséquent, qu'il est aussi l'œuvre de la civilisation contemporaine.

II - LE LIBAN, ŒUVRE DE LA CIVILISATION CONTEMPORAINE

Le Droit International classique a développé plusieurs modes qui confèrent à leur titulaire un titre juridique sur des espaces terrestres. L'annexion, par exemple, permet à un État d'incorporer à son propre territoire celui d'un adversaire à la suite d'opérations militaires. A côté de ce monde violent, la théorie des "Terres sans maître" a favorisé, dans une large mesure, l'établissement de cartes géographiques dans leur configuration actuelle. Au XXème siècle, il n'y a plus de terre susceptible d'être revendiquée au titre de la découverte et, la loi internationale hostile au recours à la force condamne les procédés violents d'appropriation territoriale. Au cours de ce même siècle, la fin de l'ère ottomane a placé le monde arabe dans une situation problématique que le droit international ignorait encore. D'une part, le monde arabe est incontestablement une entité historique reconnue qui, jusque-là, faisait partie intégrante du domaine musulman. D'autre part,

(11) Sur les visées expansionnistes d'Israël voir l'article dans la revue Kivounin, n° 14 publiée à Jérusalem en février 1982 qui expose la "stratégie pour Israël dans les années quatre-vingts".

(12) Jean-François Held, La plus terrifiante histoire de ce demi-siècle, in l'Événement du Jeudi, n° 255, 21-27 septembre 1989, p. 86.

l'abolition de l'institution califale par l'Empire Ottoman a donné au monde arabe toute l'apparence d'une entité sans maître. Dès le début la prétention internationale s'est trouvée opposée à une prétention locale. Tous les prétendants ont trouvé au Liban la principale justification pour intervenir dans le monde arabe.

Sans être en déshérence, l'espace arabe fût, de tout temps, l'objet de prétentions diverses. Des puissances européennes, craignant la régénération de l'Islam jadis conquérant, ont entendu l'amputer de sa composante arabe et en étouffer par la même occasion, la renaissance de l'entité arabe. Conforté par un Droit International reposant largement sur la compétence discrétionnaire du plus fort, l'Occident, encore au XIXème siècle, n'a cessé d'exercer sur l'Orient arabe une pression d'une intensité de plus en plus forte telle qu'il a fini par le perturber profondément. La France et la Grande-Bretagne ont tenté d'organiser la gestion du domaine arabe, mais ont vite échoué du fait de la multiplicité des prétentions désordonnées.

A - ÉCHEC DE LA PRÉTENTION ORGANISÉE

Au XIXème siècle, alors que le Monde Oriental en perte de souffle s'immobilise, le Monde Occidental confronté aux difficultés engendrées par son essor industriel reprend le sien. Il monte à l'assaut des potentialités stratégiques connues ou prévisibles, inexploitées ou mal de son concurrent ancestral. Les potentialités arabes paraissaient pouvoir constituer un atout majeur susceptible de contribuer de manière tangible à la solution des problèmes vitaux d'une Europe entrant dans l'ère industrielle. Dès lors, les politiques étrangères de la France, de la Grande-Bretagne, de la Russie, de l'Espagne, de l'Italie, de l'Allemagne et des États-Unis, accordent une place particulière à la Question Arabe.

1°) - L'intervention des acteurs traditionnels européens

La France annexe l'Algérie en 1830. Puis par traités de la Marsa et du Bardo de 1881, elle met la Tunisie sous sa protection qu'elle étend au Maroc en 1912. Elle donne satisfaction à l'Espagne intéressée à la Côte Nord du Royaume Alaouite et, voit d'un bon œil l'installation de l'Italie en Libye, qu'elle n'entrave pas. Bien que sa position se soit consolidée en Afrique du Nord, la France n'entend pas rester longtemps relativement loin du Canal de Suez. Elle finit par convaincre la Grande-Bretagne, bien implantée au Moyen-Orient, de composer.

Par des Accords secrets connus sous le nom de Sykes-Picot, conclus initialement entre la France et la Grande-Bretagne auxquels la Russie va vite adhérer et qui furent complétés par les Accords de Saint-Jean-de-Maurienne permettant à l'Italie de s'y joindre, le Monde Arabe, du Golfe à l'Océan, à l'exception de la Péninsule arabique, fut réparti en zones d'influence entre ces puissances. En 1920, les 139 articles du Traité de Sèvres avaient permis à Sykes de réaliser ses vœux, lui qui

avait écrit : "Mon ambition est que les Arabes soient notre premier dominium et notre dernière colonie à peau bronzée" (13).

Ces différents Accords, les uns confirmant les autres, ont permis à la France et la Grande-Bretagne de tailler dans la continuité géographique de la Syrie, l'homogénéité culturelle et historique des mini-États, comme le Liban et la Jordanie dans leurs frontières actuelles. Lancées dans l'aventure coloniale, la France et la Grande-Bretagne n'étaient pas moins soucieuses de se protéger contre d'éventuelles conquêtes, de l'Allemagne, en l'occurrence. La crainte suscitée par l'Allemagne expansionniste avait sans doute motivé la rédaction de la Convention IV de la Haye de 1907. Cette convention bannit "l'occupation de guerre". Elle ne reconnaissait plus à l'occupant un titre définitif sur le territoire conquis de force, quelles que puissent être l'effectivité et l'intensité de la puissance exercée sur l'occupé. A l'issue de la première saignée mondiale, la victoire des forces démocratiques et libérales empêchaient les nations qui les incarnent de méconnaître l'existence d'une telle convention. Mais un butin de guerre aussi alléchant que les territoires détachés de l'Empire Ottoman justifie bien le contournement élégant des règles posées par la Convention de la Haye. On imagina alors dans le Pacte de la SDN des dispositions qui confèrent aux Grandes puissances de l'époque la gestion des affaires des pays non émancipés ou en voie de l'être.

Le 24 juillet 1922, la SDN mandate la France au Liban et en Syrie ; le Royaume-Uni en Irak, en Transjordanie et en Palestine. Ces deux puissances devaient conduire les pays arabes, en vertu de la mission sacrée de civilisation confiée aux puissances administrantes, à l'indépendance. En réalité, par cette procédure détournée, la SDN consacre le démantèlement, non pas de la Turquie Ottomane mais de la Syrie historique tel que cela a été arrêté dans l'accord franco-britannique de 1916. Cette méthode revêtue du colonialisme par laquelle l'impérialisme cherche à asservir les peuples était sans doute l'origine de la rédaction de l'article 22 du pacte de la SDN, si cher au Président Wilson (14).

Au bénéfice du recul, il n'est pas exagéré d'affirmer que l'introduction de l'article 22 relatif aux mandats, dans le Pacte de la SDN apparaît comme un procédé juridique qui légalise le transfert de l'administration de certains territoires d'un occupant vaincu à un occupant vainqueur, et une consécration internationale d'un procédé de gestion territoriale approprié à son époque. En ce qui concerne le monde arabe, il permettait le transfert de l'administration des territoires jadis occupés par l'Empire Ottoman vaincu, à la France et à la Grande-Bretagne victorieuses.

(13) Correspondance de Mark Sykes à Lord Curzon, cité par A. Gresh et D. Vidal, in *Les 100 portes du Proche-Orient*, éd. Autrement, Paris, 1986, p. 223.

(14) Ph. Caffin soutient que : "Les négociateurs des traités et la Société des Nations adolescente vont disposer du Moyen-Orient en imposant aux puissances alliées des tutelles un peu hâtivement conçues", op. cit., p. 82.

Quand la SDN avait concédé à la France et à la Grande-Bretagne le droit d'administrer les pays arabes du Moyen-Orient (15), ces deux puissances savaient que les Arabes n'y voyaient dans cette manœuvre qu'une forme déguisée de colonialisme qui rendait la situation plus complexe dans cette région du monde. Ce qui eût pour conséquence de radicaliser les tendances arabes anti-occidentales et anti-coloniales, d'une part. Ensuite, entre les deux guerres, l'extraordinaire montée du nationalisme arabe anti-colonialiste, dont le but principal était la libération totale des pays arabes de toute forme de domination étrangère, avait sérieusement bousculé les puissances coloniales.

Bien que cette grande agitation politique au Moyen-Orient puisse relever du domaine d'application du principe d'auto-détermination, l'extension de la cible politique de ce nationalisme turbulent à tous les pays d'expression arabe fut une source plus qu'immédiate d'inquiétude politique et culturelle de la France et de la Grande-Bretagne. De leur côté les Arabes savaient que pour mener à bien leur projet, ils avaient besoin d'un allié parmi les Grandes Puissances. Ils n'avaient que l'embarras du choix, comprenant l'Allemagne hitlérienne.

2°) - La menace Nazie

La préférence arabe est allée à la Grande-Bretagne qui a promis durant l'été 1915, de reconnaître et soutenir l'indépendance des Arabes et leur unité. Mais à la fin de la première guerre, la Grande-Bretagne accepta le dépeçage du monde arabe, et, à défaut d'un Empire arabe pro-britannique, elle se contenta d'en partager l'administration avec la France. Promotrices et bénéficiaires de l'idée des mandats, il va sans dire que la France et la Grande-Bretagne allaient apparaître dans l'esprit arabe comme un obstacle à leur émancipation. Dans ces conditions l'activité propagandiste allemande avait trouvé une oreille attentive auprès d'une partie des nationalistes arabes à tel point que Deutz pourra écrire "Le Reich apparaissait à ce moment-là comme puissance libératrice. Celui qui allait faire l'unité des pays arabes, celui qui allait faire le Grand Empire Arabe, c'était le Reich". L'Allemagne, profitant de l'hostilité arabe à la présence franco-britannique, dépêcha en Syrie, le 11 janvier 1941, Otto Von Heuting, chef de la Section Proche-Orient à la Wilhelmstrass, avec le titre de Ministre Plénipotentiaire. Dès son arrivée, le ministre allemand proclame sa foi dans l'Empire arabe et

(15) Aux termes de l'article 1er de la Charte des mandats adoptée par la SDN le 24 juillet 1922, l'autorité mandataire devait faciliter le développement progressif des territoires placés sous mandat comme Etats souverains. L'Irak accède à l'indépendance le 30 juin 1930. Six ans plus tard, par deux traités respectivement conclus avec la Syrie le 9 septembre 1930 et le Liban le 13 novembre 1936, la France s'engage à soutenir leur entrée à la SDN en tant qu'Etats indépendants ; dans un délai de trois ans. Le Parlement français n'ayant pas ratifié les deux traités, c'est en avril 1945 que la France invita le Liban et la Syrie à la Conférence de San Francisco.

invite la Syrie à fonder une Organisation Arabe inspirée des "Hitler Jugend" (16).

Le rapprochement du Croissant, de la Croix Gammée (17), a incité la Grande-Bretagne qui compte toujours préserver ses intérêts au Moyen-Orient et réduire les chances d'une alliance arabo-germanique, d'accorder en 1939 à l'Irak une indépendance de principe et, depuis le début de la guerre de jouer de nouveau la carte du nationalisme arabe. En 1943, Churchill relance l'idée d'une Grande Syrie associant au sein d'une Ligue Arabe, les pays arabes, y compris ceux encore sous mandat français. L'alliance arabe pro-britannique passe par l'indépendance de la Syrie et du Liban à qui la France n'avait exprimé, solennellement certes, par l'intermédiaire de Catroux en 1941, que sa prédisposition à leur accorder l'indépendance une fois la guerre terminée, tout en la subordonnant à la conclusion d'un traité d'alliance tenant compte des intérêts stratégiques, économiques et culturels de la France dans cette région.

Au moment où l'Allemagne hitlérienne dépoussiérait parmi les solutions du problème juif, celle qui envisageait "confiner le Peuple Juif tout entier dans une île" (Madagascar ou la Guyane) la Grande-Bretagne n'a pas hésité à discréditer la France au Moyen-Orient. Churchill soutient ouvertement les revendications de nationalistes arabes exigeant de la France l'indépendance immédiate et sans contrepartie, de la Syrie et du Liban (18). Il déclare devant les Communes en 1943 au moment où les élections dans ces deux pays avaient consacré la victoire des nationalistes les plus intransigeants : "qu'il n'est pas question que la France garde en Syrie la position qui était la sienne avant la guerre.... La Grande-Bretagne a des obligations à remplir vis-à-vis du peuple syro-libanais... L'indépendance de la Syrie est un point essentiel de notre politique" (19).

Le 8 mai 1943, des incidents anti-français éclatent à Beyrouth et à Damas. Les gouvernements syrien et libanais recherchant l'épreuve de force, laissent à l'autorité mandataire le soin du maintien de l'ordre alors que par leurs amplifications les actes prenaient l'aspect d'une révolte organisée contre toute présence française. L'intervention de l'armée française fut une autre occasion pour la Grande-Bretagne d'exprimer sa sympathie aux peuples arabes, de renforcer ses rapports avec sa clientèle orientale et une opportunité d'écarter un concurrent gênant. Le 31 mai 1943, le Gouvernement britannique lit devant la Chambre des Communes, la lettre adressée la veille au Gouvernement français : "En raison de la grave situation qui s'est produite entre vos

(16) Ph. Masson, Guerre fratricide en Syrie : des Français contre des français, in *Les années 40, La vie des Français de l'occupation à la libération*, n° 33, 1979, pp. 897 à 911.

(17) Pour une vue générale sur la question, voir : R. Faligot et R. Kauffer, *Le Croissant et la Croix Gammée, les secrets de l'alliance entre l'Islam et le nazisme d'Hitler à nos jours*. Albin Michel, Paris, 1990.

(18) A l'époque Churchill et de Gaulle apparaissaient comme deux alliés dans la guerre contre l'Allemagne, mais deux adversaires au Moyen-Orient.

(19) Ph. Masson, *La loi du plus fort (Ultimatum anglais en Syrie et au Liban)*, in *Les Années 40...*, op. cit., n° 99, p. 2763.

troupes et les États du Levant, et les sévères combats qui ont éclaté, nous avons le regret d'ordonner au Commandant en Chef en Orient d'intervenir afin d'empêcher que le sang coule davantage... En vue d'éviter qu'il n'y ait collision entre les forces britanniques et les forces françaises, nous vous incitons à donner aux troupes françaises l'ordre immédiat de cesser-le-feu et de se retirer dans leurs cantonnements". Le ton impératif de la lettre lui donne plutôt l'aspect d'un ultimatum auquel la France obtempère. Ce défi britannique est survenu à un moment où la France n'est pas en mesure de le relever. Le 11 juin, le Général de Gaulle convoque l'ambassadeur de la Grande-Bretagne pour lui exprimer son amertume et sa déception (20). Considérant l'attitude britannique comme un "outrage" à la France et une "trahison de l'Occident". De Gaulle affirme que "cela ne peut être oublié". Pour éviter tout risque de confrontation avec les Anglais, les Forces Armées Françaises reçoivent l'ordre de cesser-le-feu. Ces incidents marquent, en fait, la fin de l'influence franco-britannique au Moyen-Orient (21).

Bien que la France fût évincée par sa traditionnelle rivale au Moyen-Orient, Charles de Gaulle donne l'ordre aux Forces Françaises Libres de ne ménager aucun effort pour participer aux côtés des Alliés et avec la collaboration de la "Légion Arabe du Glubb Pacha" à la reconquête de la Syrie et du Liban laissés aux Forces de l'Axe par Vichy. C'est ce qui a été fait.

Éprouvées par deux guerres successives, la France et la Grande-Bretagne se retirent du Moyen-Orient pour repenser la question coloniale dans son ensemble. Les Alliés déclarent alors la SDN en "banqueroute" et, créent l'ONU en surchargeant sa Charte de trois Chapitres comprenant quelques 18 articles numérotés de 73 à 91. Ces dispositions sont destinées à régir, dans la nouvelle Légalité Internationale, la transformation du régime du mandat institué par le Pacte de la SDN en celui de tutelle, dans le cadre de l'ONU.

A San Francisco, l'opposition de la France et de la Grande-Bretagne surtout, à l'internationalisation de la gestion de leurs colonies, préconisée par les États-Unis et acceptée par l'URSS lors de la Conférence de Moscou, a abouti, de toute évidence, à un compromis qui a dicté la rédaction de ces Chapitres et plus particulièrement l'article 79 de la Charte de l'ONU. En effet, malgré leur rédaction ambiguë, ces quelque 6,4 % des articles de la Charte de l'ONU dénoncent les pouvoirs exorbitants que se reconnaissent unilatéralement, jusque-là, les puissances coloniales dans la direction des affaires internationales. L'article 79, tout en voulant concilier entre des attentes contradictoires, a les artifices d'une "escroquerie internationale" dont les victimes désignées étaient la France et la Grande-Bretagne.

(20) Id., p. 2766.

(21) Aux rivalités franco-britanniques au Liban et en Syrie, il y a lieu d'ajouter que la création de la Ligue des États Arabes à laquelle ont adhéré les deux pays convoités a considérablement affecté l'influence des deux puissances occidentales dans la Méditerranée Orientale.

Cet article concilie :

- d'une part entre les préoccupations géostratégiques contradictoires des États-Unis et de l'URSS (vainqueurs de la guerre) avec celles des puissances coloniales que la guerre a affaibli;
- d'autre part, entre la contradiction des préoccupations précédentes avec l'aspiration pressante des peuples colonisés à l'émancipation, ceux du Moyen-Orient à titre principal où le vent de l'indépendance souffle depuis le début du siècle.

Vu sous un autre angle, l'article 79 de la Charte de l'ONU faisant du consentement des "États directement intéressés", l'instrument principal parmi les conditions de validité de la mise en œuvre de la tutelle, semble reconnaître virtuellement l'indépendance des pays arabes sous mandat : la Syrie, le Liban et la Palestine, évinçant ainsi "ipso facto" les puissances administrantes.

La France reconnaît l'indépendance du Liban et de la Syrie, le 13 décembre 1945. Cette situation est entérinée par l'Assemblée Générale de l'ONU. Dans sa résolution du 18 avril 1948, elle rappelle le rôle joué par la SDN pour faciliter l'accession de l'Irak à l'indépendance et se félicite de celle du Liban et de la Syrie. Le 14 mai 1948, la Grande-Bretagne met fin à son mandat en Palestine fixé au 1er août 1948 par la même Assemblée, lors de la séance, le 27 novembre 1947.

La France et la Grande-Bretagne tourment ainsi une page de leur histoire coloniale au Moyen-Orient. Elles remportent cependant à leur actif une contribution appréciable à la libération des territoires arabes de la domination ottomane, pendant la Première Guerre Mondiale, et de l'occupation Nazie pendant la Seconde. La fin de la courte expérience mouvementée, franco-britannique, de gestion organisée du domaine arabe a été très vite suivie d'une seconde tentative, désorganisée cette fois, et qui a abouti au même résultat.

B - ÉCHEC DE LA PRÉTENTION DÉSORGANISÉE

La Seconde Guerre a eu parmi ses conséquences les plus spectaculaires, le déclassement de la France et de la Grande-Bretagne du rang de Premières Puissances Mondiales au profit des États-Unis et de l'URSS. Une fausse manœuvre des deux premières puissances au Moyen-Orient a confirmé la place des deux secondes au premier plan de la politique mondiale

1°) - La fausse manœuvre Franco-Britannique

L'affaiblissement de l'autorité internationale de la France et de la Grande-Bretagne a incité les Arabes à poursuivre leurs efforts afin de se dégager entièrement du poids occidental. Ils cherchent, non seulement à écarter la présence occidentale apparente, mais aussi son influence pesante sur la vie économique arabe. En effet, après leur éviction, la France et la Grande-Bretagne demeurent les principaux associés des États-Unis, aux capitaux investis, pour l'exploitation des secteurs économiques vitaux arabes, les communications et le pétrole

entre autres. Cette association intéressée, amorcée depuis les premiers signes de défaillance de l'Empire Ottoman, était régie par des Traités qui avaient l'aspect de Conventions de Droit International Privé. Ces traités se transforment en coalition éminemment politique en 1928, lorsque les Compagnies concessionnaires se regroupent dans un "Consortium International Anglo-Franco-Américain". Ce cartel se reconnaît unilatéralement un droit de regard lui permettant d'orienter la politique économique pétrolière des pays pourvoyeurs de fonds. Ces concessions deviennent, en fait, entre les mains des pays membres du Consortium, un moyen efficace de gérer indirectement le monde arabe.

Déjà Napoléon III, en encourageant l'investissement de capitaux français dans les structures d'acheminement des marchandises, avait perçu l'importance des retombées économiques d'un canal creusé dans le domaine arabe d'Égypte pour relier la Méditerranée à la Mer Rouge. Le pétrole arabe n'a pas encore fait sa grande entrée sur le marché mondial, qu'une "Compagnie Universelle du Canal Maritime de Suez", dont les travaux de percement avaient commencé le 25 avril 1859, entre en activité commerciale le 17 novembre 1869.

Le succès de l'entreprise ne laisse pas la Grande-Bretagne indifférente. Elle profite de la première occasion pour acquérir, en 1875, un portefeuille important d'actions qui l'associe au contrôle financier du pays. En 1882, la Grande-Bretagne envahit l'Égypte afin de mieux asseoir sa souveraineté en Inde. L'Égypte vivra l'occupation étrangère pendant 3/4 de siècle. Après l'indépendance, le 26 juillet 1956, Nasser, le "frère oriental", ennemi de Charles de Gaulle, comme l'était Haroun Er-Rachid pour Charlemagne, déclare qu'il a "signé aujourd'hui la nationalisation du Canal de Suez". Il ajoute, le lendemain dans son discours à l'adresse de la Grande-Bretagne, sans épargner la France : "Qui vous a permis d'exercer votre tutelle sur nous et de veiller à notre équilibre ? Nous sommes un peuple libre et indépendant et nous n'acceptons la tutelle de personne" (22).

Nasser est un nationaliste arabe anti-occidental sans être véritablement pro-soviétique. Nationaliser le Canal de Suez alors que la Concession devait en tout état de cause expirer une douzaine d'années plus tard, c'était pour Nasser à la fois :

- défier les impérialistes (l'URSS et les États-Unis),
- utiliser la faille de l'antagonisme bipolaire.

Il était persuadé que le dégagement du Canal de Suez de l'emprise franco-britannique l'entraînerait inéluctablement dans la tourmente de la guerre froide et, l'offre de protection de l'un des deux grands antagonistes engendrerait la surenchère de l'autre (23).

(22) Sur cette question voir : Michel Bar-Zohar, *Suez, Ultra-secret*, Fayard, Paris, 1064.

(23) Ph. Caffin écrit qu' : "en 1956, le conflit éclate, les uns ont été armés par les occidentaux, les autres par les États communistes", op. cit., p. 82.

La crise de Suez, eu égard à sa gravité et ses implications, a nécessité pour la contenir la tenue, du 1 au 10 novembre 1956, de la première session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée Générale. Après avoir recommandé aux parties un cessez le feu, le 2 novembre 1956, l'Assemblée Générale a créé la première force

Comptant sur le soutien réfléchi de l'URSS, l'Égypte ne néglige pas celui des États-Unis raisonnant logiquement en termes économiques. Les États-Unis considèrent plus payante, la modération, que les opérations coercitives actives pour la reconquête du Canal de Suez par la force militaire, d'autant que cette voie d'eau située au centre du champ de bataille entre le nationalisme arabe et les prétentions sionistes perd de son importance. Dans ces conditions, il vaut mieux dans l'intérêt même des États-Unis, éviter la "politique du pire" et, gagner la confiance arabe. C'est ce qu'ils ont entrepris en doublant le Canal de Suez par la construction de gigantesques pipe-lines. Les États-Unis n'avaient-ils pas inauguré en 1950, le grand pipe-line transarabique reliant les gisements de la Péninsule Arabique au port de Saïda ?

La France et la Grande-Bretagne n'ont-elles pas décelé dans le tracé de ce pipe-line, long de 1.800 Kms, l'adaptabilité de la diplomatie américaine aux affaires internationales complexes ? Ce grand pipeline est, en effet, dévié vers la Jordanie, évitant ainsi le plus court chemin qui l'aurait mené droit au Canal de Suez. A partir du Royaume hachimite, le pipe-line prend un second "virage politique" pour contourner Israël et déboucher non loin, en territoire libanais.

Quand la crise de Suez a éclaté en 1956, l'influence américaine exercée sur la France et la Grande-Bretagne pour l'arrêt immédiat des hostilités et le retrait inconditionné de leurs armées, avait tout de l'apparence d'une marque de bonne volonté à l'égard de l'URSS. En réalité, l'Administration américaine, constatant l'incapacité flagrante des parties à l'accord Sykes-Picot, de préserver leur "chasse gardée" contre l'envahissement communiste, a jugé le moment opportun de s'en charger elle-même. Dès le 31 décembre 1956, le Secrétaire d'État américain, Foster Dulles, dans son message du Nouvel An, faisant une large place à la politique future de son pays au Moyen-Orient, annonce que : "Les États-Unis ont une responsabilité d'aider à empêcher l'impérialisme soviétique au Proche-Orient". Ainsi, les États-Unis manifestent explicitement leur volonté de gérer le monde arabe. En négligeant de tenir compte de l'existence manifeste de résistances et d'hostilités déclarées à leur politique pour le Moyen-Orient ainsi que la prétention soviétique, les États-Unis condamnaient leurs projets à l'échec certain.

2°) La fausse manœuvre Américano-Soviétique

Après le retrait de la France et de la Grande-Bretagne de la zone du Canal de Suez, à l'issue de la crise, les membres de l'OTAN ne peuvent s'opposer à la candidature de l'Administration américaine d'occuper le soi-disant "Trône vacant du Royaume Arabe", d'autant plus, qu'en apparence elle part de bons sentiments partagés par tous.

La prétention américaine a été rendue publique en 1958, sous la forme d'une doctrine dite "Doctrine du vide" devenue célèbre par le

d'urgence des Nations-Unies, dépêchée sur le terrain pour s'interposer entre les parties (voir AG/RES. 997 (ES-1) à 1003 (ES/1).

nom de son instigateur, le Président Eisenhower (24). Ce dernier n'a pas hésité à définir avec une candeur juvénile, l'intérêt de son pays à la région arabe. Il déclare que : "Le Moyen-Orient est le berceau des trois grandes religions mahométane, chrétienne et judaïque. La Mecque et Jérusalem sont autre chose que des lieux géographiques. Elles symbolisent des religions dont l'enseignement affirme la supériorité de l'esprit sur la matière, la dignité et les droits de la personne dont aucun gouvernement ne peut légitimement la dépouiller".

Déjà pendant la seconde guerre mondiale, le Président Eisenhower alors Lieutenant - Général, Comandant en chef des Forces Expéditionnaires Américaines, a fait parvenir aux peuples arabes d'Afrique du Nord, un message du Président américain de l'époque qui explique , sans ambage le but de l'intervention américaine en terre arabe. Le message présidentiel spécifie que : "Nous (américains) venons chez vous pour vous libérer des conquérants qui désirent à jamais vous priver de vos droits souverains, de votre droit à la liberté du culte, de votre droit de mener votre train de vie en liberté" (25).

Promettant de partir dès que la menace des forces de l'Axe aura été dissipée, les Forces américaines évacuèrent en effet la région. Au lendemain de la crise de Suez, les États-Unis ont eu la nostalgie d'y revenir ; mais cette fois pour s'opposer à l'infiltration du communisme international dans cette région stratégique et, peut-être pour s'y installer. Soulignant "l'immense importance du Moyen-Orient" pour les Puissances Européennes qui "en sont particulièrement tributaires", la "doctrine Eisenhower" conclut qu'il "serait intolérable de voir les Lieux Saints soumis à l'autorité d'une puissance qui glorifie le communisme". Pour s'y opposer, le Gouvernement américain envisage "l'emploi des forces armées des États-Unis pour assurer et protéger l'intégrité territoriale et l'indépendance politique des pays qui demanderaient cette aide contre une agression armée dirigée contre eux par toute nation dominée par le communisme international".

Le 7 janvier 1957, John Foster Dulles, alors Secrétaire d'État, a soutenu devant la Commission des Affaires Étrangères de la Chambre des Représentants, que la Doctrine n'est pas une improvisation. Dans une longue déclaration dont "Le Times" du 8 janvier et "Le Monde" du 9 publient quelques extraits, le Secrétaire d'État américain précise que : "Le Principe de la Doctrine Eisenhower n'est pas nouveau. Au cours des dix dernières années, différentes régions du globe ont été successivement menacées par l'agression directe ou indirecte des forces du communisme international. Dans tous les cas, les États-Unis ont répondu à la menace par des mesures appropriées, à savoir :

- en 1947, par la Doctrine Truman pour la Grèce et la Turquie ;
- en 1948, par le Plan Marshall ;
- en 1949, par l'Alliance Atlantique ;
- en 1950, par l'intervention en Corée ;

(24) L. Focsaneneau, La doctrine Eisenhower pour le Proche-Orient, A.F.D.I., 1958, pp. 34 et s.

(25) Une photocopie du tract a été insérée en Annexe de notre thèse sur Les rapports de l'ONU avec les Organisations Régionales : le cas de la Ligue des Etats Arabes, Aix, 1989, p. 406 texte en français, et p. 408, texte en arabe.

- en 1953, par le Traité de Défense Mutuelle avec la République de Corée ;
- en 1954, par la Déclaration de Caracas contre la propagande du communisme international dans l'hémisphère occidental ;
- en 1954 encore, par le Traité de l'OTASE ;
- en 1955, par la résolution conjointe sur Taïwan (Formose)".

Le ton américain, arrogant, dans cette prise de position est nécessaire pour dissuader l'URSS de toute tentative d'ingérence dans les affaires arabes, comme le confie l'ancien Président des États-Unis, Harry S. Truman, au "New York Times" dans une interview publiée le 13 janvier 1957. Il savait d'expérience qu'une guerre avec l'Union Soviétique ne pouvait être évitée qu'en adoptant un langage précis et une action vigoureuse. Il ajoute en substance, que la paix et la prospérité du monde entier dépendent des ressources du Proche-Orient où le libre accès à ces richesses étant menacé par les intrigues et plans de pénétration de l'URSS il est impérieux de la sauvegarder.

Aussitôt le programme politique du Président Eisenhower rendu public, l'URSS prend officiellement position pour le condamner. Depuis, et tout au long de l'année 1957, l'URSS n'a cessé de mobiliser ses alliés. "La Pravda" et l'Agence Tass publient régulièrement des condamnations associant à l'URSS un ou plusieurs pays socialistes ou non-alignés. Toutes les condamnations rédigées dans le même esprit ont été résumées par Nikita Kroutchev, le 6 novembre 1957, dans son rapport à la session solennelle du Soviet Suprême consacrée au 40ème anniversaire de la Révolution d'Octobre, Kroutchev déclare : "A l'heure actuelle d'autres formes de politiques coloniales sont apparues, auxquelles ont surtout recours les États-Unis. Après l'échec de l'aventure militaire de la Grande-Bretagne, de la France et d'Israël contre l'Égypte, les impérialistes américains ont mis en avant la "doctrine Dulles-Eisenhower", ils prétendent qu'un vide s'est formé au Moyen-Orient et qu'il leur appartient de le combler. Mais chacun sait qu'il n'y a aucun "vide" au Moyen-Orient. La théorie du "vide", théorie colonialiste, traduit en réalité le dédain des impérialistes pour les peuples arabes, le refus de reconnaître l'indépendance des pays arabes qui, soi-disant, n'auraient qu'à choisir entre les colonisateurs anglais et français et les colonisateurs américains".

Malgré tous ses efforts, l'URSS n'a pu rallier l'opinion internationale à sa thèse. Sa réclamation devant l'ONU, le 12 février 1957, d'inscrire à l'ordre du jour de la Onzième Session de l'Assemblée Générale une question intitulée "Les actes agressifs des États-Unis, menace à la paix et à la sécurité", n'a même pas recueilli l'appui des pays non-alignés, le contraire aurait pu compromettre leur non-alignement. La proposition soviétique fut rejetée par 52 voix contre 13 et 12 abstentions.

Devant l'indifférence de l'opinion internationale au conflit qui l'oppose aux États-Unis et, après une campagne infructueuse d'indignations et de condamnations, l'URSS change de tactique. Elle tente alors de rallier la France et la Grande-Bretagne à ses préoccupations. Ce projet d'alliance contre nature, tout en faisant miroiter à la France et à la Grande-Bretagne, la possibilité de jouer à

nouveau un rôle dans le monde arabe, reconnaît tout de même la légitimité de la prétention américaine et n'a pas eu la pudeur de cacher la crainte soviétique d'une probable mise à l'écart.

Le 11 février 1957, l'URSS remet à Moscou, aux ambassadeurs de la France, de la Grande-Bretagne et des États-Unis, une note proposant la conclusion d'un accord quadripartite pour adopter les "principes d'une déclaration des gouvernements de l'URSS, des États-Unis, de la Grande-Bretagne et de la France sur la paix et la sécurité dans le Proche et le Moyen-Orient et sur la non-ingérence dans les affaires intérieures des pays de cette région" (26). Les États-Unis répondent à cette note et acceptent de s'engager dans le jeu du marchandage soviétique égoïste, tendant à l'organisation d'un nouveau Yalta autour d'une table à laquelle participeraient la France et la Grande-Bretagne, évincées depuis peu par les États-Unis, pour un réajustement du partage du monde arabe en nouvelles zones d'influence, adaptées, cette fois, aux prétentions des États-Unis qui, cependant, n'entendent qu'écarter l'Union Soviétique de la région. Malgré l'intransigeance américaine, le contact est maintenu entre les trois Puissances Occidentales et l'Union Soviétique par un échange suivi de correspondances jusqu'au 3 septembre 1957. L'URSS hausse le ton. Les relations entre les deux grands se dégradent. Dans sa note du 3 septembre 1957, elle apostrophe avec véhémence la Chancellerie américaine en lui rappelant que : "La doctrine Eisenhower, formulée par les milieux monopolistes, et qui a pour but d'assurer la position dominante des États-Unis dans le Proche et le Moyen-Orient, de soutenir le système colonial en désagrégation et de barrer pour les peuples d'Orient la voie d'un développement indépendant, ainsi que de les priver de leur indépendance nationale" est une politique négative.

Refusant l'escalade de la tension, les États-Unis décident de clore unilatéralement le débat tout en imputant toute la responsabilité de la dégradation de la situation à l'URSS, tel que cela est étayé dans la dernière note américaine du 24 septembre 1957. Cette note précise que : "Le Gouvernement des États-Unis constate que la note soviétique du 3 septembre 1957, injurieuse par son ton, contient une distorsion cynique des objectifs et des actions des États-Unis dans le Proche-Orient. Cette note a manifestement pour but unique de servir la propagande soviétique plutôt que de favoriser la paix et la stabilité dans le Proche-Orient. Le Gouvernement des États-Unis estime que le Gouvernement soviétique porte la responsabilité principale de l'aggravation de la tension au Proche-Orient. Par la livraison de quantités considérables d'armes et de munitions faite à des États de la région pendant une période critique, l'Union Soviétique a déclenché une série d'événements qui ont conduit à la situation dangereuse actuelle. Par la résolution conjointe sur le Proche-Orient, les États-Unis ont clairement indiqué qu'ils considéraient le maintien de l'indépendance et de l'intégrité des nations de cette région comme vitale pour la paix du monde et, en conséquence vitale pour leur propre intérêt

(26) La note soviétique traduite en français est publiée dans *Etudes soviétiques*, n° 108, mars 1957, supplément : Documents pp. 32-36.

national. Il ne saurait faire l'objet d'aucun doute que les États-Unis ont l'intention de mettre à exécution la politique annoncée dans la résolution conjointe" (27).

L'Union soviétique ne pouvant rester indifférente au développement d'une telle situation à proximité de ses frontières, réunit à Moscou, du 14 au 16 novembre 1957, une conférence des Partis Communistes des pays socialistes. La Conférence clôt ses travaux par une déclaration commune condamnant sans réserve la "doctrine Eisenhower", en ce qu'elle constitue un instrument du néo-colonialisme.

De leur côté, les États-Unis se retournent vers la Grande-Bretagne. Les deux pays concluent, lors de la rencontre des Bermudes du 24 mars 1957 entre le Président Eisenhower et le Premier Ministre britannique, Mac Millan, un accord de soutien mutuel sur la mise en œuvre de leur politique étrangère respective au Proche-Orient, entre-autres. La doctrine Eisenhower se métamorphose en "doctrine conjointe Eisenhower-Mac Millan", qu'approuve le Conseil de l'OTAN dans un communiqué publié le 31 mai 1957. Ainsi les blocs se reforment après l'échec de l'URSS d'imposer aux États-Unis son scénario d'une sortie négociée de la guerre froide.

En 1957, l'agitation internationale autour du monde arabe a atteint un tel degré d'intensité que cette année peut être regardée comme l'Année Arabe. Les Arabes, tout en étant conscients de leur place dans le conflit Est-Ouest, ne se sentent pas à vrai dire concernés (28). Dans leur ensemble, ils considèrent la doctrine Eisenhower comme une dénégation à la réputation américaine anti-colonialiste ; même si elle prend pour prétexte la protection des Lieux Saints contre l'envahissement communiste. A la même époque, le nationalisme arabe, sous la conduite du Président égyptien Nasser, lutte pour l'indépendance réelle du monde arabe, sans tenir compte des préoccupations avouées ou non des Puissances étrangères anciennes ou nouvelles. C'est ce que Nasser n'a cessé de clamer dans ses nombreux discours nationalistes, comme celui du 22 juillet 1955. Nasser souligne que : "Notre espoir à tous est de voir se constituer sur ce territoire magnifique et riche, une défense de ses habitants prise en charge par les Arabes seuls, afin de nous libérer de la domination du colonialisme et des États étrangers, qu'ils soient grands ou petits".

La "doctrine Eisenhower" n'a été en fait qu'une occasion, parmi de multiples intrigues, pour justifier la prétention de l'Union Soviétique de co-gérer le monde arabe au moment où les États-Unis se proposent de s'en charger tout seuls. La confusion généralisée engendrée par la "doctrine Eisenhower" a encouragé les Arabes dans leur détermination à assumer eux-mêmes leur destin sans l'intervention des Puissances étrangères. Une fois encore, c'est le Liban qui sera désigné par Nasser pour imposer la souveraineté de l'arabisme.

(27) Pour le texte de la note américaine voir dans Département State Bulletin, vol. XXXVII, n° 955, du 14 octobre 1957, p. 602.

(28) Sur l'attitude des pays arabes, voir : - Le Monde des 12 et 22 janvier 1957.
- Le New York Times du 11, 21 et 22 janvier 1957.

III - LE LIBAN ET LA SOUVERAINETÉ DE L'ARABISME

Les événements révolutionnaires que vit le continent européen à la fin de l'année 1989 remettant à l'ordre du jour la question de la réunification de l'Allemagne sont des repères qui peuvent éclairer utilement le lecteur du Livre libanais. Les réunifications envisagées au Nord comme au Sud de la Méditerranée pour le renforcement de l'état de paix dans le monde, à travers une libre auto-détermination des peuples sont sources d'inquiétudes, car ces réunifications risquent d'engendrer une nouvelle génération d'équilibre qui pourrait se réaliser au détriment de la génération d'équilibre déjà existant.

Tout le monde réclame ou soutient la paix, la démocratie et l'auto-détermination en Europe, dans la Région Arabe et ailleurs. Mais, les titulaires actuels de certains privilèges de "Puissance Publique Internationale" demandent aussi bien aux Allemands qu'aux Arabes de respecter les Accords et les Traités ayant déterminé depuis la dernière guerre, un certain nombre de rapports internationaux garantis par le principe de l'intangibilité des frontières entre, d'un côté, l'Allemagne de l'Est et la Pologne, et de l'autre, la Syrie et le Liban.

Si aucune Puissance ne peut prétendre encore être la maîtresse du monde, il n'en demeure pas moins que les États nés après guerre doivent avoir présent à l'esprit qu'une guerre mondiale a bien existé et, qu'un tempérament préventif au principe universel d'auto-détermination, dessinant une configuration intangible du monde, existe aussi.

Les Arabes dénoncent cette réserve avec plus d'autorité surtout depuis la nationalisation du Canal de Suez. La nationalisation du Canal de Suez n'est qu'un élément d'un processus global tendant à la libération totale du monde arabe de l'emprise étrangère quel que soit son objectif ou sa forme. Ceci installe le Liban dans une situation peu confortable au sein du monde dont il partage le passé et le destin (29).

A - LA PLACE DU LIBAN DANS L'ARABISME

La situation stratégique du Liban à la croisée des chemins entre l'Orient et l'Occident pèse lourd sur son avenir (30).

Il est de ce fait même, l'arène où se heurtent encore les intérêts inconciliables du nationalisme arabe avec le colonialisme revêtu.

Les événements qui déchirent le Liban, depuis son accession à l'indépendance deviennent l'expression, aussi orientale que possible, du refus arabe à vivre la pression de la bipolarisation formelle du monde et, surtout celle dissimulée dans des dispositions d'un texte aussi solennel que la Charte des Nations-Unies.

En plus de l'opposition arabe aux préférences de certaines souverainetés de se soumettre à l'influence des États-Unis plutôt qu'à

(29) Pour une vue complète et fort documentée voir : G. Corm, Géopolitique du conflit libanais, éd. La Découverte, Paris, 1986.

(30) Pour une vue sur cette question, voir : E. Saïd, L'Orientalisme, L'Orient créé par l'Occident, éd. Le Seuil, Paris, 1981.

celle de l'URSS et inversement, les événements du Liban soulignent la résolution arabe, non équivoque, de réaliser, avec toute l'autorité voulue, ses aspirations sur la terre arabe avec ou sans le consentement des Puissances non-arabes. C'est aussi l'occasion de renouveler l'affirmation de l'aptitude arabe à remplir le vide de puissance laissé par l'Empire Ottoman que la France et la Grande-Bretagne ont occupé depuis la fin de la première guerre mondiale jusqu'à la veille de la création de l'ONU.

Depuis des siècles, les politiques et les grands reporters alimentent l'opinion publique internationale d'informations, en provenance du Liban, qui entretiennent les passions entre les musulmans et les chrétiens, allant jusqu'à construire une théorie dite "La libanisation" qui, estompe à de nombreux points de vues la dimension non confessionnelle du drame libanais. Peu ou mal connu, c'est pourtant cet aspect qui prévaut dans l'affliction du Liban et qui ponctue et affecte les rapports des pays de la Méditerranée orientale avec les Puissances coloniales anciennes ou nouvelles. Cet aspect se résume en deux propositions ; l'une ancienne, l'autre actuelle :

1°) "Ni Monsieur, no Mister" était la dimension politique du problème libanais qui avait pour objectif la conquête de l'indépendance totale de la nation arabe et sa réunification. La fin de la deuxième guerre mondiale a vu l'accès accéléré des pays arabes au statut d'États souverains atomisés, cantonnés à l'intérieur de frontières juridiques tracées en dehors de toute logique géographique, économique, historique et culturelle. En tout cas, le dépeçage du monde arabe ne tient pas compte de l'aspiration arabe à l'unité dont la réalisation est susceptible de remettre en cause les desseins impérialistes dans la région.

Depuis, les premières manifestations de défaillance de l'autorité impériale de la Sublime Porte, la Grande-Bretagne, entendant ménager ses intérêts en cas de démembrement de l'Empire Ottoman, avait encouragé l'idée d'un "Grand Royaume Arabe" en échange du déclenchement de la révolte Arabe contre les Turcs. Dès lors, le sentiment unitariste et l'action pour l'atteindre n'ont cessé de se développer pour aboutir à des résultats concrets. Le résultat le plus important est sans conteste celui qui a donné naissance à la Ligue des États Arabes.

La Ligue des États Arabes est une institution romantique poursuivant des objectifs politiques. Elle est une organisation romantique en ce sens qu'elle ne doit sa naissance et sa longévité qu'à l'intensité du sentiment généralisé parmi les arabes d'appartenir à une seule Nation fondée sur l'arabisme. L'arabisme n'a d'autre signification que l'amitié réciproque parmi les arabes et, la sympathie constante pour les autres indépendamment de tout critère racial, ethnique ou confessionnel. Bien que romantique, cette organisation poursuit des objectifs politiques tirés du tempérament indépendantiste de l'Homme arabe, devenu l'aspiration première de l'arabisme. L'essence et l'aspiration de l'arabisme traduites en termes juridiques et

introduites dans le Pacte constitutif de la Ligue des États Arabes recommandent à celle-ci de :

- sauvegarder l'indépendance et la souveraineté de ses membres ;
- régler les différends pouvant surgir entre eux ;
- prendre les mesures nécessaires pour repousser l'agression ou la menace d'agression dirigée contre eux.

Avec l'apparition de la Ligue des États Arabes, le Liban est devenu synonyme arabe de l'existence d'une volonté arabe, décidée et apte à gérer seule son destin et à se libérer des opinions toutes faites sur l'incapacité chronique des Arabes à régler leurs problèmes par leurs propres moyens. Aussi quand l'URSS et les États-Unis sont devenus les principaux prétendants au "Trône du Monde", l'hostilité arabe à l'interventionnisme franco-britannique s'est reportée sur eux. Le Liban sert de bouclier pour les arrêter.

2°) "Ni Est, ni Ouest" est désormais la dimension politique actuelle du drame libanais à travers lequel les Arabes tendent à confirmer leur liberté totale. Dès le début de la deuxième moitié du XXème siècle, l'accession d'un grand nombre d'États nouveaux au statut international s'est accompagnée d'une contestation de la bipolarisation du monde. Les Arabes vont plus loin. Ils refusent collectivement toute subordination à une quelconque volonté non arabe, fût-elle celle du Conseil de sécurité des Nations-Unies tout en adhérant sans réserves aux principes et aux objectifs de l'Organisation Universelle. Celle-ci, pensée à des moments dramatiques de l'Histoire de l'Humanité par l'URSS et les États-Unis, est incontestablement une conscience vigilante de la communauté internationale fondée sur le droit. De ce point de vue, nul ne peut contester aux Américains et aux Soviétiques la clairvoyance de l'avoir conçue et destinée à préserver le monde d'affres d'autres événements aussi destructeurs que ceux des deux Grandes Guerres mondiales.

Mais il n'y a pas lieu d'ignorer que le projet, discuté çà et là, au Caire, à Téhéran, surtout à Yalta, arrêté à Dumbarton Oaks et, consigné au cours de la Conférence de San Francisco dans la Charte de l'ONU, soit une œuvre philanthropique. Comme les principes de la Révolution française, la charte de l'ONU est sous-tendue par une grande idée qui s'est imposée pour un avenir indéterminé. Par ailleurs, comme était octroyée la "Charte Royale" en France, c'est le pouvoir des Grandes Puissances qui a octroyé la Charte Universelle. Cependant, l'idée d'institutionnaliser à l'échelle mondiale des "États généraux", où le "Tiers-Monde" serait appelé à jouer un rôle passif, jadis dévolu au "Tiers-État", est une idée qui est apparue au monde arabe incompatible avec la mutation socio-politique d'après guerre et avec leur héritage du passé et leurs potentialités pour l'avenir.

En fait, la question qui se pose pour les Arabes est de savoir : comment imaginer une Europe dans laquelle, une France du pluralisme et des grandes idées d'avant-garde sur le plan interne, puisse aligner son destin à une quelconque puissance ou s'opposer à la poussée des peuples dans la conquête de leur liberté ? Les pays arabes se rebellent au principe selon lequel cinq pays disposent, aujourd'hui, chacun d'un

pouvoir discrétionnaire pour s'opposer à la libre détermination des peuples accordée par une disposition de la Charte des Nations-Unies et confisquée par l'autre. La Charte de l'ONU s'ouvre, dans le paragraphe 1er de son article 2, sur la reconnaissance de l'égalité souveraine des États. Mais l'article 27 de la Charte la subjugué. Dans des dispositions anodines, en apparence, puisqu'elles ne concernent qu'un problème de procédure, l'article 27 instaure au profit des Membres Permanents du Conseil de sécurité le "privilège exorbitant du droit commun", le veto. En réalité, l'article 27 institutionnalise la politique de bascule entre l'URSS et les États-Unis, ce qui ne peut que rendre la paix universelle désastreuse, les autres membres permanents du Conseil de sécurité étant déjà, en fait, alignés d'un côté ou de l'autre.

Dans la recherche des moyens susceptibles de renforcer la paix mondiale, les instigateurs de la Charte de l'ONU ont admis que des Organisations Régionales puissent y apporter leur contribution, sous l'autorité du Conseil de sécurité qui a la latitude, selon le cas, d'utiliser ou d'autoriser de telles Institutions Régionales à de telles fins pacifiques et ce, conformément aux dispositions de la Charte des Nations-Unies dans son Chapitre VIII principalement. Au moment même de la discussion de ces dispositions à San Francisco, le Journal "Le Monde" dans son numéro 127 du 16 mai 1945, publie la déclaration faite la veille au Caire par le porte-parole de la Ligue des États Arabes précisant que "les Arabes se réservaient le droit de régler leurs différends entre eux sans avoir à passer par le Conseil de sécurité". Ainsi s'est exprimée, sans ambiguïté, la volonté arabe d'échapper à l'autorité directoriale des Grands du Conseil de sécurité dont font partie non seulement les anciennes puissances coloniales, la France et la Grande-Bretagne, mais surtout les nouveaux "soumissionnaires" à la gestion du domaine arabe alors que, les Arabes entendent l'administrer en "régie directe".

Avertis de la réticence du nationalisme arabe à l'interventionnisme étranger, les États-Unis ont, depuis la conférence de San Francisco, adopté une tactique paternaliste à l'égard des causes arabes. Le 9 octobre 1948, le soutien américain aux discussions relatives à la compatibilité de la Ligue des États Arabes avec les buts et les principes de la Charte des Nations-Unies a permis au Président de la Commission juridique des Nations-Unies de constater que : "ayant reçu l'assurance que la Ligue Arabe en tant qu'Organisme régional, dont l'activité est toujours compatible avec les buts et les principes de la Charte aura droit à la même courtoisie", accordée à l'Organisation des États Américains. Lorsque la question de l'Afrique du Nord fut à l'ordre du jour des Nations-Unies, l'Administration américaine a manifesté sa sympathie au nationalisme arabe au détriment de la France. Les États-Unis réaffirment leur soutien à l'aspiration arabe à l'indépendance, au cours de la crise de Suez, tout en exprimant leur opposition à l'expansion de l'impérialisme communiste. Cependant, la politique arabe développée par les États-Unis n'a pu, ni recueillir la crédibilité unanime des Arabes du fait du favoritisme inconditionné

américain au profit d'Israël, ni empêcher, la pénétration en profondeur du Communisme dans le Monde Arabe.

N'ayant pu apprivoiser le nationalisme arabe, les États-Unis vont tenter de l'intimider, d'où, de toute évidence, "la doctrine Eisenhower" qui dès sa publication a divisé les huit pays membres de la Ligue des États Arabes, à l'époque en trois blocs :

- un bloc arabe neutraliste comprenant : l'Arabie Saoudite, la Libye, le Soudan et le Yémen ;
- un bloc opposé à la "doctrine du vide" comprenant l'Égypte et la Syrie ;
- un bloc favorable à l'adhésion à la doctrine comprenant l'Irak et le Liban.

La division des membres de la Ligue des États Arabes fut à l'origine dans sa juridiction, d'une cascade d'événements spectaculaires intimement liés à la "doctrine Eisenhower" :

- la crise jordanienne du 22 au 28 avril 1957 ;
- l'Union de l'Égypte et de la Syrie dans la République Arabe-Unie, le 1er février 1958 ;
- la Fédération Irako-Jordanienne, le 14 février 1958 ;
- l'Association du Yémen à la R.A.U. le 8 mars 1958 ;
- l'éclatement de l'insurrection au Liban, le 8 mai 1958 ;
- le renversement de la monarchie irakienne, le 14 juillet 1958.

La "doctrine Eisenhower" s'est avérée comme une menace sérieuse à la solidarité arabe pouvant conduire à l'éclatement de la Ligue des États Arabes que Nasser n'a pas voulu. Sa riposte se fit en direction du Liban pour réclamer la souveraineté de l'arabisme en terre arabe.

B - LA SOUVERAINETÉ RÉCLAMÉE

Au moment de l'engagement contradictoire de la Grande-Bretagne avec la déclaration de Balfour, fait aux Arabes de reconnaître la création d'un "Grand Royaume Arabe", l'appel à l'unité, lancé à partir de la terre natale du Prophète, par le Chérif de la Mecque, a immédiatement résonné à Damas, ancienne résidence des Califes. Cette prestigieuse entreprise ne pouvait laisser indifférente Bagdad, concurrente indéfectible de Damas, ni plus tard le Caire en sa qualité de cœur du monde arabe. Les Capitales arabes se rallient les unes après les autres au mouvement et s'en disputent la direction. Bagdad en arrache l'étendard à Damas, le Caire à Bagdad. Puis, Damas revient en partager le privilège avec le Caire et s'en saisit après l'éclatement de l'éphémère Union-syro-égyptienne-yéménite et, plus particulièrement depuis la mise en quarantaine de l'Égypte suite aux accords de Camp David. -

En fait le mouvement national arabe est un patrimoine commun dont personne ne peut se targuer d'être l'inventeur. Il n'est surtout pas dû à l'instigation communiste ou à l'une de ses ramifications, ni inspiré par la haine de l'Occident démocratique et libéral. Il n'est pas moins respectueux des choix idéologiques, sociaux et culturels des pays de l'Est comme ceux des pays de l'Ouest, ainsi que ceux des autres. Il cherche à être reconnu. Il est comme le souligne Néhrù : "Un fait

évident, patent et clair que l'on ne peut manquer de reconnaître". Il ne peut être confondu avec d'autres mouvements. Le Liban en est un élément.

Le Liban trouve son fondement juridique dans la reconnaissance de la suprématie du fait national arabe sur toute autre considération exprimée par deux négations (31) : la renonciation des arabes chrétiens libanais à la recherche de protection occidentale d'un côté et des arabes musulmans libanais à l'unité orientale de l'autre. Ce compromis farfelu a permis au Liban d'entretenir des rapports cordiaux mais difficiles avec les autres pays arabes dans le cadre de la Ligue des États Arabes. Membre fondateur de cette Organisation, le Liban y bénéficie d'égards particuliers. Son adhésion n'a été rendue possible que sous certaines conditions qui font l'objet de la Décision 4 du Protocole d'Alexandrie du 7 octobre 1944, aux termes de laquelle : "Les États Arabes représentés dans ce Comité Préparatoire appuient à l'unanimité, le respect de l'indépendance du Liban et de sa souveraineté dans ses frontières actuelles, ce que les gouvernements de ces États ont déjà reconnu au lendemain de l'adoption par lui d'une politique indépendante dont fait état son manifeste qui en a eu l'approbation unanime de la Chambre Libanaise le 7 octobre 1943".

L'adhésion du Liban à la "doctrine Eisenhower" a eu deux interprétations :

- A l'intérieur du pays, elle fut considérée par une majorité d'Arabes musulmans libanais comme une rupture du Pacte de non-alignement du Liban selon laquelle la partie arabe chrétienne libanaise s'était engagée en 1943, à tourner le dos à l'Occident.
- Dans le monde arabe, elle fut considérée comme une violation de l'engagement consigné dans le paragraphe premier du Protocole d'Alexandrie précisant qu'en aucun cas, un Arabe ne pourrait mener une politique étrangère de nature à nuire à la Ligue des États Arabes ou à l'un quelconque de ses membres. Ce protocole d'Alexandrie prescrit que : "Dans tous les cas, il est interdit d'adopter une politique extérieure susceptible de porter préjudice à celle de la Ligue ou de l'un quelconque des États membres.

Le refus du Président de la République Libanaise de l'époque, Chamoun, de rompre les relations diplomatiques de son pays avec la France et la Grande-Bretagne lors de la crise de Suez suivie de son adhésion à la "doctrine Eisenhower" engage le Liban dans l'engrenage des rivalités, tant internes qu'environnantes régionales et internationales. A la même époque, le Liban était en campagne électorale législative pour le renouvellement de son Parlement en Juin 1957. Celui-ci aura, selon la Constitution libanaise, à élire un nouveau Président de la République, le mandat du Président en exercice-expirant en septembre 1958. L'intention de Chamoun de se faire reconduire et de demander la révision de la Constitution dans ce sens a favorisé le ralliement de l'opposition chrétienne aux dirigeants musulmans dans un nouveau "Front de l'Union Nationale".

(31) Sur cette question voir : - Bassem El-Jisr, Le pacte national libanais, Thèse, Université Paris I, 1977. - E. Rabbath, La formation historique du Liban politique, Essai de synthèse, Publications de l'Université libanaise de Beyrouth, 1973.

La coalition islamo-chrétienne-libanaise, hostile au Président chrétien, mène sa campagne électorale sur le thème de politique étrangère du Liban foncièrement favorable à l'anti-occidentalisme nassérien. La campagne électorale du "Front de l'Union Nationale" était dominée essentiellement :

- par le refus de l'adhésion du Liban à la "doctrine Eisenhower" ;
- pour le redressement des relations du Liban avec le nationalisme arabe.

La pression de l'opposition a atteint son expression la plus achevée quand, le 8 mai 1958, l'atmosphère insurrectionnelle s'est installée au Liban avec un mot d'ordre appelant à la grève générale jusqu'à la démission du Président Chamoun, en réaction à l'assassinat d'un journaliste de l'opposition, Nassib Al-Matni.

Depuis, l'enchevêtrement des facteurs endogènes avec les facteurs exogènes poussent le pays, durablement, dans plusieurs guerres de natures diverses. Il va de soi que l'attitude nationaliste de l'opposition libanaise puisse trouver quelques échos dans les autres pays arabes où le pouvoir en place s'est montré favorable à la doctrine Eisenhower. En Jordanie, le Premier Ministre se soulève contre son Roi, et en Irak, les républicains contre les monarchistes.

A la faveur de cette crise politique du nationalisme arabe (32) et de l'opposition de l'URSS, au plan américain, les circonstances étaient favorables à l'Égypte, alliée de circonstance à la Syrie, pour proposer une réponse rapide aux aspirations arabes en stimulant ce qui les unit pour les aider à surmonter ce qui les sépare. Les pays arabes constatant la tentative des Grandes Puissances de se servir de la querelle arabe à des fins non-arabes ont, dans un élan de solidarité remarquable, réagi pour obtenir la reconnaissance de leur aptitude à régler leurs conflits internes, dans le cadre de la Ligue des États Arabes, symbole de leur indépendance et de leur solidarité.

C - LA SOUVERAINETÉ RECOUVRÉE

Tout le monde, Ankara comme Téhéran ont très rapidement conclu, au moment de l'intervention de l'Armée Rouge pour contenir le déferlement des passions nationalistes dans les Républiques du Caucase, au début de 1990, qu'il s'agit là d'un problème interne à l'Union soviétique justifiant "le recours à la force armée", approuvée officiellement par l'Administration américaine, le 22 janvier de la même année. Il est vrai que l'URSS s'est coulée, depuis 1922 dans le moule du fédéralisme constitutionnel pour assumer la gestion des 109 nationalités différentes et plus de 120 langues officielles. Sans doute, les États Arabes n'ont pas cette unité organique et la Ligue des États Arabes n'est pas une fédération. Celle-ci, dit Michel Mouskhéli dans son commentaire du Pacte de la Ligue des États Arabes, publié dans la

(32) En septembre 1965, le Président tunisien H. Bourguiba expliquant son refus d'assister à la Conférence au sommet de Casablanca soutenait que : "jamais au cours de leur histoire, les Arabes n'ont été aussi divisés, ne se sont massacrés aussi férocelement que depuis le jour où l'Égypte a pris sur elle de les unir" cité par G.M. Tracy, in Miroir de l'histoire, n° 213, sept. 1967, p. 102.

Revue Générale de Droit International Public de 1946, appartient donc, à cette sorte d'association internationale qu'on désigne dans la science juridique allemande sous le nom de "Staatenbund" (33). Ceci suffit-il pour qu'à chaque fois qu'un pays arabe appelle l'une des grandes puissances à son secours, l'autre accourt immédiatement ? Le 8 mai 1958, une révolte insurrectionnelle, galvanisée par le nationalisme nassérien, éclate au Liban. Le 14 juillet 1958, sur ordre de Nasser, la Monarchie d'Irak est renversée. Le Président libanais fait appel aux États-Unis pour sauver son régime, le Roi de Jordanie à la Grande-Bretagne pour protéger le sien. Les marines débarquent à Beyrouth le 15 juillet alors que les parachutistes britanniques atterrissent à Amman.

Auparavant, le 21 mai 1958, le Liban avait demandé la convocation d'urgence d'une réunion du Conseil de la Ligue des États Arabes et, le 22 celle du Conseil de Sécurité de l'ONU pour examiner sa plainte : "touchant une situation créée par l'intervention de la République Arabe Unie dans les affaires intérieures du Liban et dont la prolongation est susceptible de menacer la paix et la sécurité internationales". L'intervention étrangère consiste dans :

- l'infiltration de bandes armées de Syrie au Liban ;
- la participation de ressortissants de la République Arabe Unie à des actes de terrorisme et de rébellion contre les autorités constituées du Liban ;
- la fourniture d'armes de la Syrie à des individus et à des bandes qui, au Liban, se rebellent contre les dites autorités ;
- la violente campagne de presse et de radio menée dans la République Arabe Unie incitant au renversement des autorités légales du Liban.

Les conseils de la Ligue des États Arabes et de Sécurité des Nations-Unies se penchent, chacun de leur côté, sur la question pour l'examiner. Le Représentant permanent de la Ligue des États Arabes, accrédité auprès des Nations-Unies, demande au Président du Conseil de sécurité d'ajourner l'examen de la plainte libanaise pour permettre à l'Organisme Régional habilité, la Ligue des États Arabes, en vertu des dispositions de l'article 52 de la Charte de l'ONU, de tenter de régler ce conflit. Pour la première fois, le Conseil de sécurité saisi d'une plainte identique à celle dont était saisie une Organisation Régionale devait, se prononcer sur la mise en œuvre des dispositions ambiguës du Chapitre VIII de la Charte des Nations-Unies constituant une brèche formelle dans la bipolarisation réelle du monde. Le groupe latino-américain, autre aspirant à la multipolarisation, soutient la requête de la Ligue des États Arabes. Le représentant de Panama déclare que le renvoi de l'affaire devant la Ligue permettrait "d'employer les moyens pacifiques" que la Charte des Nations-Unies envisageait dans son article 33. En outre, en application de l'article 36 de la Charte, le Conseil de sécurité devrait prendre en considération toutes les procédures de règlement pacifique choisies librement par le Liban et la République Arabe Unie lorsque les États avaient signé le Pacte de la

(33) Moukhéli, La Ligue des États Arabes, R.G.D.I.P., Troisième série, T. XVIII, Vol. L., 1946, p. 128.

Ligue des États Arabes. Le 27 mai 1958, le Conseil de sécurité s'ajourne pour permettre à la Ligue des États Arabes de s'occuper de cette affaire (34). Ainsi, le Conseil de sécurité de l'ONU reconnaît à un Acteur collectif non universel, la priorité d'examiner un différend opposant ses membres. Après deux autres ajournements destinés à permettre à la Ligue des États Arabes de continuer puis d'achever l'examen de la question, le rejet du Liban de la résolution adoptée par le Conseil de la Ligue, permet au Conseil de sécurité d'aborder l'étude du problème le 6 juin 1958, sans tenir compte du point de vue égyptien selon lequel le Conseil de sécurité était mis en face d'un problème intérieur purement libanais. Le Conseil de sécurité continue à débattre plutôt sereinement le différend jusqu'au coup d'État réussi des Républicains en Irak qui annonce la dégradation de la situation internationale.

Le 17 juillet 1958, la Jordanie demande au Conseil de sécurité d'inscrire à son ordre du jour l'examen d'urgence de sa plainte pour ingérence de la République Arabe Unie dans ses affaires intérieures. De son côté, le Liban signale au Conseil de sécurité la concentration massive de troupes étrangères se préparant à une grande offensive destinée à renverser le gouvernement libanais.

La Jordanie et le Liban, qui jugent l'intégrité territoriale de leur pays menacée de plus en plus sérieusement par une insurrection encouragée et aidée par l'étranger, ont demandé l'aide de pays amis (35). La crainte de la contagion du nationalisme arabe, venue d'Irak, a incité l'intervention des Gouvernements des États-Unis et de la Grande-Bretagne pour essayer d'en empêcher la propagation. Ils dépêchent, à cet effet, des remparts militaires au Liban et en Jordanie, donnant ainsi à la "doctrine Eisenhower-Mac Millan" une application concrète. Cette situation est soumise à l'arbitrage du Conseil de sécurité qui décide d'examiner ensemble les plaintes du Liban et de la Jordanie. Dès l'ouverture des débats, le Conseil de sécurité se transforme en véritable "ring" où s'affrontent sans courtoisie, ni complaisance, les deux blocs qui ne se sont montrés à aucun moment ni médiateur, ni arbitre entre les pays arabes en conflit. Après de longs débats aussi byzantins qu'infructueux, le Conseil de sécurité, constatant la vulnérabilité du monde arabe, où il suffit que l'équilibre des forces soit quelque peu troublé, pour se trouver en présence d'une question insoluble qui concerne exclusivement ou presque le maintien de la paix et de la sécurité internationales, avoue explicitement son échec. Aussi depuis sa saisie le 22 mai 1958, le Conseil de sécurité adopte, parmi de

(34) A sa 818^{ème} séance, le 27 mai 1958, le Conseil de sécurité a décidé de remettre la discussion de la plainte libanaise au 3 juin pour attendre le résultat de l'examen de la même question par la Ligue des États Arabes, qui devait se réunir le 31 mai 1958. Les séances suivantes du 3 juin puis du 5, sur la demande du Liban, furent successivement ajournées au 5 puis au 6 afin de permettre au Conseil de la Ligue d'achever ses délibérations (Revue des Nations-Unies, 1958, n° 5, p. 18).

(35) Pour justifier leur intervention militaire au Liban en 1958, les États-Unis ont invoqué la légitime défense collective prévue par l'article 51 de la Charte de l'ONU.

nombreuses résolutions, sa seule résolution S/4083 le 17 août 1958, à l'unanimité, pour déclarer son incapacité :

"Le Conseil de sécurité,

Ayant examiné les points 2 et 3 de son ordre du jour tels qu'ils figurent dans le document S/Agenda 838,

Prenant note que le manque d'unanimité des membres permanents du Conseil de sécurité aux séances 834 et 837, a empêché le Conseil de s'acquitter de sa responsabilité principale touchant le maintien de la paix et de la sécurité internationales.

Décide qu'une session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée sera convoquée".

Le Parlement Mondial se réunit en Assemblée générale d'urgence, la troisième dans son genre, pour délibérer d'une situation mondiale tourmentée au moment même où la nouvelle république d'Irak vient apporter son soutien au nationalisme arabe revendiquant pour lui le pétrole arabe dans lequel des intérêts français, britanniques et américains engagés, se trouvent sérieusement compromis. Le danger que représente pour leur ordre public arabe le débarquement de troupes étrangères sur la route des Indes et, non loin du Canal de Suez, a brusquement fait l'unité arabe. Une union spontanée est apparue pour éviter les conséquences du développement d'un processus politique complexe, tortueux et contradictoire comme celui qui avait, juste une décennie plus tôt, abouti à la reconnaissance de l'État d'Israël par l'Assemblée générale des Nations-Unies qui s'était d'ailleurs avérée incapable de régler la crise de Suez sans l'accord de l'URSS et des États-Unis.

Ce dont il devient question pour l'Assemblée générale d'urgence, c'est l'examen de problèmes d'une toute autre nature : la mobilisation du nationalisme arabe à repousser les grands, à égale distance, hors de son domaine. Ce défi colossal, comme aucune autre nation n'y était parvenu dans le monde arabe et ailleurs, soutend l'aptitude des pays arabes à régler leurs problèmes quand l'intérêt général l'emporte sur les intérêts particuliers.

A cette heure grave de l'histoire du nationalisme arabe contemporain à la limite de la déchéance internationale, une intense activité diplomatique secrète ou discrète a permis aux États arabes de se souvenir qu'ils ont souscrit dans le cadre de la Ligue à quatre principes fondamentaux :

- le principe du respect mutuel du territoire de chacun d'eux, de l'intégrité et de la souveraineté des autres,
- le principe de non-agression,
- le principe de non-ingérence dans les affaires intérieures des autres pays arabes,
- le principe des avantages réciproques égaux pour chacun d'eux.

Les États arabes ont compris que la traduction de ces principes en action pratique concertée, spécialement aux moments des crises aiguës et que la réaffirmation de l'adhésion arabe conjointe à ces principes pourraient favoriser la réalisation de l'un des deux objectifs du nationalisme arabe, à savoir la liberté totale. A la suite de nombreuses consultations dans les coulisses de l'ONU et, dans leurs

chancelleries, ils sont parvenus à présenter à l'Assemblée générale pour examen, un projet de résolution. D'origine arabe exclusivement, ce projet a été adopté à l'unanimité des pays membres de la Ligue dont le nombre s'est élevé à dix-huit avec l'adhésion du Maroc et de la Tunisie (36).

Le 21 août 1958, le Soudan présente au nom de dix puissances : l'Arabie Saoudite, l'Irak, la Jordanie, le Liban, la Syrie, le Maroc, la République-Arabe-Unie, le Soudan, la Tunisie et le Yémen, un projet de résolution en six points tendant à ce que l'Assemblée Générale :

1°) "Accueille avec satisfaction les assurances renouvelées qu'avaient donné les États arabes d'observer les dispositions de l'article 8 du Pacte de la Ligue des États Arabes aux termes duquel tout État membre s'engage à respecter le régime de gouvernement établi dans les autres États membres en le considérant comme intéressant exclusivement ces États, et chaque État s'engage à s'abstenir de toute action tendant au changement d'un régime établi de gouvernement ;

2°) invite tous les États membres de l'Organisation des Nations-Unies à agir en stricte conformité des principes du respect mutuel de l'intégrité territoriale et de la souveraineté de chacun, de non-agression, de stricte non-ingérence dans les affaires intérieures de chacun, et d'avantages égaux et mutuels, et à faire en sorte que leur conduite soit conforme à ces principes ;

3°) prie le Secrétaire général de prendre sans délai, en consultation avec les gouvernements intéressés, et conformément à la Charte, compte tenu de la section I de la résolution, les arrangements d'ordre pratique qui aideraient de façon appropriée à maintenir les buts et les principes de la Charte en ce qui concernait le Liban et la Jordanie dans les circonstances actuelles et faciliteraient ainsi le retrait prochain des troupes étrangères du territoire des deux pays ;

4°) invite le Secrétaire général à continuer ses études et, à cet égard, à procéder à des consultations, comme il conviendrait, avec les pays arabes du Proche-Orient en vue d'une assistance éventuelle touchant une institution de développement arabe destinée à favoriser la croissance économique de ces pays ;

5°) prie les États membres de coopérer pleinement à l'exécution de la résolution ;

6°) invite le Secrétaire général à faire rapport, comme il conviendrait, le premier rapport devant être présenté le 30 septembre 1958 au plus tard".

Le projet arabe a été regardé unanimement comme le reflet dans toute la mesure du possible du vœu d'ordre général exprimé par tous les membres de l'ONU, au cours de la Troisième Session Extraordinaire d'urgence de l'Assemblée générale. L'initiative par laquelle les pays arabes ont exprimé leur volonté de rechercher par eux-

(36) Quand les Arabes eux-mêmes arrivent à aborder le traitement de leurs différends sous l'angle du réalisme et de l'objectivité en opérant, avec netteté, la distinction entre les causes endogènes et exogènes de ce qui les sépare, la pratique a prouvé qu'ils étaient capables de leur trouver les solutions compatibles avec leurs visions politiques respectives.

mêmes la solution de leurs problèmes au moyen de leur Organisation Régionale a été appuyée et approuvée à l'unanimité aussi.

Après dix jours de débats essentiellement dominés par les désaccords des États-Unis et de l'URSS, leurs accusations et leurs contre-accusations, les États Arabes déclenchent le onzième jour, un processus devant conduire au résultat final que la communauté internationale, réunie à l'ONU, semblait sincèrement désirer. Tous les auteurs d'autres projets de résolution n'ayant pas insisté pour que la priorité soit donnée à la proposition arabe, l'Assemblée générale adopte à l'unanimité le projet de résolution - 1237 (ES III) - est libellé comme suit :

**RÉSOLUTION ADOPTÉE SANS RENVOI A UNE
COMMISSION
QUESTIONS EXAMINÉES PAR LE CONSEIL DE
SÉCURITÉ
A SA 838ème SÉANCE, LE 7 AOUT 1958**

L'Assemblée générale,

Ayant examiné le point intitulé "Questions examinées par le Conseil de sécurité à sa 838ème séance, le 7 août 1958".

Notant le but de la Charte des Nations-Unies selon lequel les États devraient pratiquer la tolérance et vivre en paix l'un avec l'autre dans un esprit de bon voisinage.

Notant que les États arabes sont convenus, dans le Pacte de la Ligue des États arabes, de resserrer les liens étroits et nombreux qui lient les États arabes, de cimenter et de stabiliser ces liens sur la base du respect de l'indépendance et de la souveraineté de ces États et d'orienter leurs efforts vers le bien commun de tous les pays arabes, l'amélioration de leur sort, la garantie de leur avenir et la réalisation de leurs aspirations et de leurs espoirs.

Désireuse d'atténuer la tension internationale,

- I -

1 - Accueille avec satisfaction les assurances renouvelées qu'avaient donné les États arabes d'observer les dispositions de l'article 8 du Pacte de la Ligue des États arabes aux termes duquel tout État membre s'engage à respecter le régime de gouvernement établi dans les autres États membres en le considérant comme intéressant exclusivement ces États et chaque État s'engage à s'abstenir de toute action tendant au changement d'un régime établi de gouvernement.

2 - Invite tous les États membres de l'Organisation des Nations-Unies à agir en stricte conformité des principes du respect mutuel de l'intégrité territoriale et de la souveraineté de chacun, de non-agression, de stricte non-ingérence dans les affaires intérieures de chacun, et d'avantages égaux et mutuels, et à faire en sorte que leur conduite, en paroles et en actes, soit conforme à ces principes.

- II -

Prie le Secrétaire général de prendre sans délai, en consultation avec les gouvernements intéressés et conformément à la Charte, compte tenu de la section I de la présente résolution, les arrangements d'ordre pratique qui aideraient de façon appropriée à maintenir les buts et les principes de la Charte en ce qui concerne le Liban et la Jordanie dans les circonstances actuelles et faciliteraient ainsi le retrait prochain des troupes étrangères du territoire des deux pays.

- III -

Invite le Secrétaire général à constituer ses études en cours et, à cet égard, à procéder à des consultations, comme il conviendrait avec les pays arabes du Proche-Orient en vue d'une assistance éventuelle touchant une institution de développement arabe destinée à favoriser la croissance économique de ces pays.

- IV -

1 - Prie les États membres de coopérer pleinement à l'exécution de la présente résolution ;

2 - Invite le Secrétaire général à faire rapport aux termes de la présente résolution, comme il conviendra, le premier rapport devant être présenté le 30 septembre 1958 au plus tard.

746ème séance plénière
21 août 1958

Le rapprochement du projet initial présenté par le groupe arabe, du texte définitif adopté par l'Assemblée générale permet de constater que cette dernière n'a fait qu'universaliser une proposition régionale. Ainsi, l'Assemblée générale de l'ONU a-t-elle agit comme si elle était le Conseil de la Ligue des États Arabes.

Ainsi est tombé le verdict de la société internationale, organisée dans le cadre de l'ONU se prononçant sur la faillite de la diplomatie occidentale en Méditerranée orientale au moment même où les États arabes se sont accordés à favoriser dans la hiérarchie des priorités de leur nationalisme leur liberté totale sur leur unité organique, sachant que peu importe à ce nationalisme d'accéder à l'une avant l'autre.

Depuis 1958, la Ligue devient l'instrument le plus approprié au maintien du "statu quo" dans sa juridiction auquel s'opposent toujours les supra-nationalistes arabes, libanais compris, partisans de la révision des frontières héritées de l'époque de la colonisation. L'échec de Nasser en 1958 de reconstituer la Grande Syrie historique a entraîné l'échec rapide de la R.A.U. sans pourtant dissuader le Président syrien Assad. Depuis la démission de l'Égypte à l'époque de Sadate, suite à la conclusion des accords de Camp David, la Syrie se lance à la reconquête du Liban, considéré comme partie intégrante de la Grande

Syrie historique, séparée de la mère patrie par le colonialisme. Les arabes vivent le "statu quo" frontalier dans sa forme et s'y plaisent, mais le rejettent dans son principe. La Ligue est souvent appelée à faire le gendarme pour empêcher les "mariages forcés" entre ses membres.

La crédibilité internationale et régionale de la Ligue, juge et partie du nationalisme, dépend de l'impartialité de son arbitrage délicat dans la querelle idéologique de ses membres. Dans cette situation, sans condamner la prétention syrienne, la Ligue se sert judicieusement du nationalisme arabe pour garantir au Liban son intégrité territoriale et sa souveraineté.

Quand la paix est troublée dans le monde arabe, consécutivement à la priorité dans les préoccupations que certains dirigeants locaux accordent à l'un de deux éléments du nationalisme, la Ligue joue sur cette préférence pour tenter d'obtenir le consensus de tous ses membres sur l'autre élément. La Ligue a souvent eu recours à cette méthode pour garantir l'indépendance du Liban, au nom de l'arabisme.

D - LA SOUVERAINETÉ EXERCÉE

Les visées sur le Liban sont évidentes... Syrien, le Liban permettrait à la Syrie d'accéder par les plus courts chemins à la Méditerranée. La Syrie n'a jamais accepté d'accréditer un ambassadeur syrien à Beyrouth, ni l'ouverture d'une ambassade libanaise à Damas. Israélien, le Liban permettrait à Israël d'asseoir sa souveraineté et de barrer le couloir d'accès direct de Damas à Hama et à Homs. Jusqu'en 1975, le Liban a vécu une paix tout à fait précaire et relative. Depuis, il vit la crise la plus longue et la plus meurtrière de son histoire. Elle est imputable à de multiples causes parmi lesquelles l'incident du 13 avril 1975 n'était qu'un prétexte. Un autobus transportant des palestiniens et des libanais en provenance de Sabra, camp de réfugiés palestiniens au Liban, a été pris en embuscade au moment où il traversait le secteur de Ain Er-Rummana contrôlé par les phalangistes libanais. L'incident va servir de détonateur à la crise. Se propageant rapidement, elle devient une véritable guerre civile dans laquelle se confrontent la population arabe chrétienne libanaise, à prédominance conservatrice, soutenue par l'armée israélienne et la population arabe musulmane libanaise soutenue par les troupes palestiniennes. Par l'alliance des forces non libanaises, aux partisans libanais du "statu quo" institutionnel du pays ou ceux favorables à des changements de structures politiques, économiques et sociales du Liban, ce dernier devient en fait un champ de belligérance de rechange au Sinaï où se mesure le nationalisme arabe au nationalisme juif, surtout depuis le mois d'avril 1975 quand la Syrie est intervenue militairement au Liban. Dans ces conditions, deux guerres de nature différente secouent sans pitié le Liban : l'une de dimension internationale et l'autre de dimension interne.

Le 30 mars 1976, le Secrétaire général des Nations-Unies a pris l'initiative d'attirer l'attention du Conseil de sécurité sur la gravité de la situation au Liban et propose ses bons offices. L'offre de médiation du Secrétaire général de l'ONU fût repoussée par le

gouvernement libanais à laquelle la médiation arabe a été préférée. En juillet 1976, le groupe arabe aux Nations-Unies demande également, au Secrétaire général des Nations-Unies, que le conflit libanais soit réglé dans un cadre arabe et sous le contrôle du Conseil de la Ligue plutôt que sous le contrôle du Conseil de sécurité de l'ONU. Aussi, pour la première fois dans l'histoire de l'ONU, une situation complexe et apparemment unique est disséquée pour conférer, à l'Organisation Universelle, la compétence exclusive de régler la partie du conflit de dimension internationale, et à un Organisme Régional, la Ligue en l'occurrence, la partie considérée d'ordre local. Les efforts de l'ONU dans ce sens ont abouti, en juin 1985, à l'évacuation des forces israéliennes opérant au Liban, à l'exception d'une "zone tampon" (37).

Du côté arabe, l'échec de tous les moyens classiques, des arrangements diplomatiques et de la médiation, mis en œuvre dès le début de la crise, a enclin la Ligue à recourir à des solutions plus dissuasives. Le 8 juin 1976, le Conseil de la Ligue se réunit au Caire et décide l'institution d'une "Force Arabe de maintien de la paix au Liban". Le 22 juin 1976, l'ONU est informée des dispositions prises dans le cadre arabe pour le rétablissement de l'ordre au Liban, sous l'autorité du Président de la République libanaise. Cette force devait être symbolique du fait même de l'acceptation préalable par toutes les parties d'un cessez-le-feu immédiat. Cette armée composée de 2.500 hommes avait pour mission de rétablir l'ordre à l'intérieur du pays, d'assurer aux organes légitimes de l'État souverain libanais l'exercice normal de leurs fonctions et, de mettre fin à la guerre civile, n'a pu remplir sa mission compte tenu de la recrudescence des combats et de la violence.

Une conférence au sommet, restreinte, comprenant les Chefs d'État du Liban, d'Arabie Saoudite, d'Égypte, du Koweït, de Syrie, et le Président de l'OLP se tient d'urgence à Riyad, les 17 et 18 octobre 1976. La Conférence décide la transformation de la Force Arabe de Sécurité en Force Arabe de Dissuasion. Elle augmente ses effectifs à 30.000 hommes et lui confère la mission d'imposer le cessez-le-feu à toutes les parties, en vue de ramener une vie normale au Liban. Confirmée dans sa mission par tous les Souverains et Chefs d'État Arabes réunis au Caire, les 25 et 26 octobre 1976, la F.A.D. va opérer au Liban pendant deux années. Le 28 octobre 1978, le Conseil de la Ligue en proroge son mandat pour une période de six mois et place une commission composée de Ministres des Affaires Étrangères des pays contributeurs à la F.A.D. à la disposition du Chef d'État légitime libanais. Sous la Présidence de ce dernier, la Commission se réunit à Beit-Eddine au Liban où ils prennent huit résolutions dont l'objectif est de rétablir la paix et la sécurité au Liban. Ces huit résolutions précisent :

(37) Jusqu'en 1958, les troubles libanais n'avaient pu être résolus que par des interventions militaires non arabes. Depuis 1976, la présence de la Force Arabe de Dissuasion a montré l'existence d'une possibilité d'une solution locale tenant compte des prolongements internationaux de la crise libanaise. En 1978, l'ONU dépêcha à son tour sa Force Intérimaire des Nations-Unies au Liban.

"1 - Il faut établir l'unité du Liban, son indépendance et sa souveraineté ainsi que la sécurité territoriale, dans le cadre de son régime démocratique et l'exercice par l'État de son autorité sur l'ensemble du territoire libanais, la disparition de toute apparence armée et position, devant conduire à l'instauration d'une autorité centrale forte, capable de réédifier les institutions de l'État affectées par les événements, dans le cadre du renforcement de l'unité territoriale du peuple de ce pays.

2 - La fin de toutes les apparences armées, le ramassage des armes et l'interdiction de leur port en dehors du cadre de la loi.

3 - L'application stricte et totale des résolutions des sommets de Riyad et du Caire.

4 - L'arrêt des campagnes d'informations en vue de préserver l'unité du pays, l'application de la loi sur la presse et l'interdiction de tous les médias d'information illégaux audio-visuels.

5 - L'élaboration d'un calendrier programme pour l'édification de l'armée sur des bases nationales et équilibrées en vue de lui permettre de jouer un rôle au service de la sécurité du pays et prendre la relève de la Force de Frappe arabe au Liban.

6 - L'action en vue de la réalisation de l'entente nationale entre toutes les parties en conflit au service de l'unité du pays et l'adoption des réformes susceptibles de consolider l'unité nationale et de continuer à faire disparaître les causes de conflits sur la scène libanaise.

7 - L'application de la loi à l'encontre de tous ceux qui collaborent avec l'ennemi israélien et la condamnation de toute forme de coopération, s'inspirant en cela de l'appartenance arabe du Liban.

8 - La constitution d'une commission chargée de poursuivre les contacts comprenant des représentants de l'Arabie Saoudite, de la République Arabe de Syrie et de l'État de Koweït, qui sera placée à la disposition du Président de la République et exécutera toute mission qu'il lui confiera dans le cadre des principes et des bases mentionnées".

Officiellement, la guerre civile au Liban est terminée. Officiellement aussi, la F.A.D. est dissoute. En réalité, la première couve. Quant à la F.A.D. elle est métamorphosée. Elle devient purement syrienne dans sa composition, des troupes de la Syrie ayant pris la place des autres contingents retirés. En fait, cette armée opérant au Liban peut être regardée comme une force arabe commune. La Ligue n'envisageait son évacuation qu'après celle de l'armée israélienne basée au Liban.

Les quinze années de crise ont transfiguré le Liban en profondeur ; mais n'ont pas résolu ses problèmes internes au point que chaque échéance électorale présidentielle au Liban, devient un

tensionnisme social dans le pays et un test de la solidarité arabe à son égard. La crise constitutionnelle libanaise de septembre 1988 ressemble étrangement à celle de juin 1957. A cette date, l'élection du Président libanais à la Magistrature suprême n'a pu aboutir qu'à la faveur d'intervention étrangère, sous l'œil vigilant de la VIème flotte américaine. En 1988, alors que la guerre civile fait rage sur le terrain, les États-Unis et la Syrie concluent un accord sur le choix d'un candidat à la Présidence de la République du Liban. L'armée libanaise s'insurge et dénonce cette désignation. La crise institutionnelle libanaise occupe de nouveau la une de l'actualité internationale à partir du 18 septembre 1988.

Bien que prévisibles, il arrive que les rebondissements de la crise libanaise prennent de court ses observateurs les plus avertis. C'est peut-être ce qui explique l'intervention tardive de la Ligue. Ce n'est que le 12 janvier 1989 que le Conseil de la Ligue, réuni à Tunis en session extraordinaire pour l'examen d'un différend opposant la Libye aux États-Unis, que la crise libanaise a été examinée par l'instance communautaire arabe. Il a été décidé de constituer une Commission chargée de prendre contact avec les différents partis libanais pour recueillir les avis et les suggestions et pour déployer des bons offices en vue de la réalisation de l'entente nationale. Un comité de la Ligue à un cessez-le-feu immédiat s'était perdu dans le vacarme des bombes. La dégradation exceptionnelle de la situation a de nouveau incité les membres de la Ligue à reconsidérer sérieusement le dossier du Liban pour faire preuve d'initiative afin de chercher par eux-mêmes la solution du problème libanais, au moyen de leur Organisation Régionale. Le Maroc en prend l'initiative. Il convoque un sommet extraordinaire qui s'est tenu à Casablanca du 23 au 26 mai 1989. La gravité de l'heure a obligé les arabes à mettre leurs divergences en sourdine pour réaffirmer "la teneur des résolutions arabes relatives à la solidarité arabe avec le Liban, en vue de l'aider à surmonter son épreuve, à revenir à la vie normale, et à réaliser le consensus national entre ses enfants, et de soutenir la légalité libanaise fondée sur le consensus". La Conférence met en place un Comité composé du Maroc, de l'Arabie Saoudite et de l'Algérie. Ce Comité devenu célèbre sous le nom de "Triumvirat Arabe" s'est vu conférer par le sommet les pleins pouvoirs en vue de régler la crise libanaise qui consiste à :

- "promouvoir un climat propice à la convocation des députés pour discuter le projet de réformes politiques,
- procéder à l'élection du Président de la République,
- procéder à la constitution d'un gouvernement d'union nationale, le tout dans un délai ne dépassant pas six mois".

Au cours de ses travaux, la Conférence a reçu des messages de Sa Sainteté le Pape Jean-Paul II, des États-Unis, de l'URSS, de la France, de l'Espagne et du Secrétaire général de l'ONU exprimant leurs vœux de succès à la conférence et leurs souhaits de la voir aboutir au règlement des problèmes auxquels le monde arabe est confronté. Conforté par ce consensus international, le Comité tripartite arabe entreprend une action soutenue. Celle-ci s'est vue sanctionnée par l'échec total juste à la fin du 3ème mois de son entrée en activité, du fait

de la divergence de la position syrienne avec l'approche du Comité tripartite concernant la souveraineté du Liban.

Craignant l'internationalisation du Liban en faveur de laquelle s'est prononcée le Président iranien le 1er septembre 1989 et, après avoir obtenu l'agrément de la Syrie à la solution collective arabe, en renvoyant, sans l'avouer, à plus tard ses prétentions au Liban, le Comité tripartite arabe se remet à l'œuvre avec l'encouragement de l'ONU. Le 19 septembre 1989 au cours de la 44ème session de l'Assemblée générale des Nations-Unies, le Secrétaire général de l'ONU se prononce sur "la non-implication de l'ONU dans la recherche d'une solution politique au Liban..."

Le 20 octobre 1989, les soixante-deux députés libanais se retrouvent à Taëf, ville d'Arabie saoudite, symbole des négociations internationales difficiles où en juin 1982 le Comité arabe des sept avait reçu le Président sortant alors candidat pour l'examen de la situation créée par l'invasion israélienne au Liban. Le 24 octobre 1989, les députés libanais acceptent un "Document d'entente nationale" qui modifie l'équilibre institutionnel entre les communautés libanaises et l'établissement d'une zone de sécurité à Beyrouth dans laquelle se déploierait une force arabe relevant des pays composant le Comité tripartite afin que les élections présidentielles puissent se dérouler en toute sécurité.

Le 5 novembre 1989, le Parlement libanais, réuni dans la base militaire de Qlait, dans le nord du pays, porte un député maronite à la Présidence de la République, qui est assassiné dix sept jours après son élection. Quarante huit heures après, le Parlement libanais désigne un autre Président de la République. La crise libanaise n'est pas pour autant résolue. Contenue, elle est ramenée, dès le début de 1990 à Ain Er-Rammana, son point de départ en 1975. Quinze ans de guerre et de gâchis n'ont servi à rien, si ce n'est à montrer à l'opinion internationale que la question libanaise, n'est, somme toute, qu'un problème purement libanais qui relève de la compétence exclusive de la Ligue pour le résoudre.

Cette dernière élection n'efface pas les séquelles de quinze années de guerre. Elle ne constitue que le point de départ de la normalisation de la situation d'un État arabe libanais souverain. Le Conseil de sécurité appelant à trois reprises à l'application des accords de Taëf semble confirmer l'aptitude des Arabes à régler eux-mêmes leurs problèmes et de reconnaître le glissement dans le sens de la multipolarisation.

EN GUISE DE CONCLUSION

Durant le dernier quart du XXème siècle, le Liban est devenu le goulot d'étranglement de la longue, lente et douloureuse agonie de la bipolarisation du monde. La solution du problème libanais pourrait éclairer d'un jour nouveau la signification juridique et les implications politiques des dispositions de la Charte des Nations-Unies qui régissent le Droit International de la paix, exprimés en termes juridiquement obscurs, politiquement ambigus et techniquement difficiles à mettre en œuvre avec efficacité.

La lecture du Chapitre VIII de la Charte des Nations-Unies reconnaît :

- d'un côté, aux Organisations Régionales, telles que la Ligue, l'Organisation de l'Unité Africaine, l'Organisation des États Américains, etc..., la capacité juridique de régler les conflits ressortissant de leurs juridictions respectives,

- de l'autre, au Conseil de sécurité un droit de regard sur l'activité pacifique de ces organisations, sachant que les membres du Conseil de sécurité bénéficient du privilège exorbitant du Droit International Public leur permettant, à tout moment de paralyser toute action considérée incompatible avec les intérêts nationaux, idéologiques ou diplomatiques de l'une des deux grandes puissances.

Les États arabes, pour déjouer les alliances captives, doivent rechercher une solution sérieuse, pacifique et durable au Liban. Celle-ci pourrait inciter la société internationale, dans le cadre de l'ONU, à reconsidérer une redistribution plus équitable, des responsabilités entre les différents acteurs intéressés par la pacification du monde dans la poursuite des objectifs des Nations-Unies.

Le Liban est, depuis la création de l'ONU, le théâtre où les petites nations, engagées ou attentistes, affrontent les grandes puissances dans une ultime épreuve de force visant à remettre en question la bipolarisation du monde. C'est ce qu'a exprimé le représentant des Philippines le 21 août 1957, devant l'Assemblée générale des Nations-Unies : "La flamme du nationalisme brûle à nouveau aujourd'hui dans les pays arabes. En fait, le nationalisme est le nœud de la situation dans le Proche-Orient, laquelle fait actuellement l'objet de nos débats. C'est le nationalisme nouveau qui doit balayer l'héritage d'un passé où une nation ou un groupe de nations dominait les autres. Nous sommes, comme de nombreux pays représentés dans l'Assemblée, les produits de cette histoire des temps nouveaux, quelques anciens reconstituant de nouvelles nations, longtemps submergées et revenant maintenant à la surface, montrant aux conquérants du passé que tous les peuples doivent, d'une façon ou d'une autre, exprimer leur génie, forger leur propre histoire, détruire ou créer (advienne que pourra) dans un monde qui s'efforce de parvenir à quelque ultime cohérence, et de réaliser le rêve de fraternité auquel nous aspirons tous, à travers nos doctrines, nos codes et nos religions. Ceux qui confondent ce nouveau nationalisme avec l'impérialisme communiste se trompent lourdement. Je parle au nom d'un pays qui, à côté des géants du globe, est faible du point de vue militaire et

économique. Comme d'autres petites nations, nous sommes vulnérables et exposés aux dangers que comportent les luttes et les conflits entre les géants. Mais nous partageons aussi avec d'autres petites nations l'amour pour notre indépendance et notre patrie et nous y sommes comme elle, profondément attachés. Rien n'est plus précieux pour le peuple philippin que la souveraineté nationale et la dignité qui s'attache à l'indépendance".

La pacification du Liban qui ne tendrait pas à mettre dans l'embarras ou dans le désarroi qui que ce soit pourrait conduire les arabes à réaliser leurs aspirations souffrant actuellement de leur indiscipline chronique, et de leur crainte de perdre quelque chose. En effet, si l'on mène les guerres dans l'espoir de gagner quelque chose, il faut aussi avoir le courage de perdre quelque chose pour gagner la paix.

Juin 1990

BIBLIOGRAPHIE

La bibliographie sur ce thème est encore très mince alors que celle relative au Liban est extrêmement abondante, et souvent polémique ou engagée. S'agissant plutôt d'une orientation bibliographique sommaire, nous avons retenu les ouvrages de références comprenant des bibliographies exhaustives et surtout analysant des questions sur :

1°/ LES AMBITIONS ISLAMIQUES DE L'OCCIDENT

C. CHERFILS, Bonaparte et l'Islam, d'après les documents arabes et français, éd. Pédone, 1914

S. JARGY, L'Orient déchiré entre l'Est et l'Ouest, 1955-1982, Labor et Fidès, Publications orientales de France, Genève, Paris, 1984

G. CORM,

- Géopolitique du conflit libanais, éd. La Découverte, Paris, 1986

- Le Proche-Orient éclaté, éd. La Découverte, Paris, 1984

2°/ LES AMBITIONS LIBANAISES D'ISRAËL

A. L. ELIAV, Land of the Hart : Israelis, Arabs, the Territories and Vision of the future, Philadelphie, 1974

I. RABINOVITCH, The war of Lebanon, 1975-1985, Ithaca et Londres, 1986

Z. SCHIFF et E. YAARI, Israel's Lebanon War, New-York, 1984

R.R.J. 1991-1

Pages 121 à 144

- IV -

DROIT ADMINISTRATIF

COMPARÉ



LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA RADIO-TÉLÉVISION A CHYPRE

Par

Anthony MADELLA

Docteur en Droit

*Chercheur à l'Institut International du Droit de l'Audiovisuel
(Université de Droit, d'Économie, et des Sciences d'Aix-Marseille)*

INTRODUCTION

A Chypre, la radiodiffusion-télévision date de l'époque coloniale britannique.

La radio fut introduite en 1953, organisée dans le cadre d'un service public colonial, le "Cyprus Broadcasting Service" (1).

Les émissions télévisées sont inaugurées le 15 octobre 1957, constituant ainsi la première expérience de ce type dans un pays de la Méditerranée Orientale.

En 1959, à la veille de l'indépendance, l'organisme de radiodiffusion devient la "Cyprus Broadcasting Corporation" (Cy.B.C.), dénomination conservée jusqu'à nos jours. Son statut est organisé par une loi coloniale en date du 24 octobre 1958, la Cyprus Broadcasting Corporation Law (Cap.300 A) (2).

A la fin de 1989, le nombre des récepteurs radio est estimé à 200.000, alors que celui des téléviseurs à 180.000 (soit une analogie par centaine d'habitants de 28,9 pour les récepteurs radio et de 26,02 pour les téléviseurs).

Près de 96 % des ménages possèdent un poste de télévision, et 50 % un magnétoscope (3).

(1) La première émission de radio a eu lieu le 4 octobre 1953.

(2) Cf. *The Statutes Laws of Cyprus*, 1959 ed., F. Roworth Ltd, London, 1959, Vol. III. Il s'agit d'un recueil des lois coloniales, applicables à l'île de Chypre, et codifiées à la veille de l'indépendance.

(3) Voir *Revue de l'U.E.R.*, mars 1990, p. 52. A la fin de 1960, année de l'indépendance, les licences par centaine d'habitants s'élevaient à 18,18. Cf., *Revue de l'U.E.R.*, mai 1961, p. 13 ; En 1969 - 70 l'analogie était de 25,2 pour les postes radio, et de 6,6 pour les téléviseurs. Cf. *Revue de l'U.E.R.*, mars 1970, p. 39 ; aussi "Rapport annuel de la Cy.B.C. 1988" (en grec).

De nos jours la Cy.B.C. continue d'être chargée du service public de la radio-télévision dans le cadre de la République de Chypre.

La Cy.B.C. assure l'exploitation de trois canaux de radiodiffusion : le canal 1, diffusant des programmes en langue grecque (quotidiennement de 6 h à 00 h) ; le canal 2, diffusant principalement en langues turque, anglaise et arménienne (4) ; le 3ème canal mis en place fin septembre 1990 propose des programmes d'information et de divertissement en vue de concurrencer la radiodiffusion commerciale.

Dans le domaine de la télévision, la Cy.B.C. exploite un canal unique, diffusant quotidiennement de 17 h à 23 h l'hiver, et de 18 h à 23 h durant l'été (5).

Les services offerts par la Cy.B.C. sont des services hertziens. En effet la Cap. 300 A permet à la Corporation d'exploiter des services de radiodiffusion par câble (art. 17 (2) b)), mais cette technique n'a jamais vu le jour dans le paysage audiovisuel chypriote.

La loi n° 120 de 1990 relative à la Radiodiffusion libre a mis fin au monopole d'émission de la Cy.B.C. (6). Ce texte a permis dès juillet 1990 le développement rapide de la radiodiffusion libre, avec la création de radios commerciales tant nationales que régionales : comme par exemple "Radio Super" (appartenant à un groupe d'hommes d'affaires ; société E.C.L.) ; "Radio Proton" (appartenant au groupe de presse "Dias") ; ou encore "Radio Paphos" (7).

Ces radios privées proposent des programmes d'une qualité appréciable, portant un sérieux coup à la réputation de la Cy.B.C.

Si la Cy.B.C., et les radios libres paraissent a priori disposer d'un monopole d'émission, cette affirmation connaît des limitations de fait et de droit.

Une limitation de fait émane de la coupure de l'île depuis 1974, et de l'occupation du nord par l'armée turque. Ainsi, la "République Turque du Nord de Chypre" (8), constituée en violation du droit international, exploite sa propre entreprise de radio-télévision, connue sous le nom de "Bayrak". Cette chaîne diffuse également en direct des programmes de la Radio-Télévision Turque (T.R.T.).

(4) Les programmes du canal 2 sont destinés aux minorités turque et arménienne de la République, ainsi qu'aux nombreux ressortissants britanniques vivant à Chypre. Ajoutons également que ce même canal, assure durant la période estivale la diffusion en langues arabe, française, allemande, et suédoise, d'émissions d'information et de divertissement à l'intention des nombreux touristes qui visitent l'île.

(5) Le dimanche les émissions télévisées continuent jusqu'à 00 h.

(6) Loi votée le 28 juin 1990, et publiée en langue grecque in Official Gazette n° 2521, du 9.7.1990, suppl. I.

(7) La première émission officielle d'une radio privée à Chypre sur la base de la loi n° 120 / 1990 a eu lieu le 23 juillet 1990 avec l'ouverture de "Radio Super". "Radio Proton", débuta ses émissions le 3 septembre 1990. En effet l'adoption de la loi n° 120 / 1990 a permis de régulariser la situation juridique de certaines radios pirates, lancées quelques mois auparavant, (par ex. "Radio Proton", ou "Radio Epistrophoi").

(8) Ce pseudo - Etat constitué sur le 40 % du territoire de la République, n'a été reconnu jusqu'à ce jour que par deux Etats dans le monde, la Turquie, et le Pakistan.

Il existe également des limitations de jure. Elles sont de nature conventionnelle. La première découle de l'existence de deux Bases militaires Souveraines sur le sol chypriote, entités juridiques indépendantes de la République (9), dans le cadre desquelles fonctionne un service propre de radiodiffusion, le "British Forces Broadcasting Service" (B.F.B.S.).

La seconde émane du fonctionnement sur le territoire de la République, de stations de réémission de certaines entreprises audiovisuelles étrangères : "Radio Monte-Carlo" (R.M.C.), dispose d'une telle station diffusant des programmes à destination des pays arabes de la région. Sa situation se fonde sur un contrat de concession conclu en 1970, entre le gouvernement chypriote, la Cy.B.C. et la Sofirad (société de l'État français contrôlant R.M.C.) (10). De même, la B.B.C. dispose d'une station de réémission sur la côte sud de l'île (station de Zihî).

Le paysage audiovisuel chypriote connaît également la télévision directe par satellite. En effet des antennes paraboliques possédées par 1,1 % des ménages permettent la réception directe d'un certain nombre de chaînes étrangères (B.B.C. ; C.N.N. ; R.T.L. ; T.V.E. ; TV 5 ; Sat 1 etc).

Il apparaît donc que dans le cadre de la République de Chypre (au sens strict du terme), seules la Cy.B.C. et les radios libres offrent des services de radio-télévision à la population, sur le fondement de la Cap. 300 A (11), et de la loi n° 120 de 1990.

Outre ces lois de base, les activités de radio-télévision peuvent être soumises, comme nous le verrons plus en avant, à des textes spécifiques, ou de droit commun, tels que le Code pénal chypriote. Mais le texte le plus important en la matière, est de loin la Constitution chypriote de 1960. Considérée comme l'une des Constitutions les plus complexes au monde (avec 199 articles et ses nombreuses annexes) (12), elle comporte quatre dispositions qui intéressent directement la radio-télévision (art. 19, 25, 122, 171). La Constitution donne ainsi un véritable cadre à la radio-télévision.

(9) Ces deux territoires souverains ont été accordés au Royaume-Uni, lors de l'indépendance de Chypre en 1960, en vertu du Traité créant la République de Chypre.

(10) D'une durée de 20 ans, la concession porte sur le fonctionnement d'un émetteur au Gap Greco, sur la côte Est de Chypre. Cet acte a été conclu avec la Somera filiale de la Sofirad. Cette concession semble rapporter annuellement à la Cy.B.C. l'équivalent d'environ 300.000 FF.

(11) En effet cette loi a été héritée par l'ordre juridique Chypriote, en vertu de l'art. 188 de la Constitution chypriote, qui assure la continuité des lois coloniales, tant qu'une loi nationale chypriote postérieure ne vient pas abroger le texte colonial en question. La Cap. 300 A a été amendée jusqu'à ce jour par les lois suivantes : loi n° 46 / 1959 ; 20 / 1960 ; 21 / 1960 ; 27 / 1961 ; 69 / 1961 ; 6 / 1962 ; 26 / 1962 ; 39 / 1963 ; 61 / 1970 ; 61 / 1972 ; 52 / 1977 ; 14 / 1979 ; 21 / 1979 ; 68 / 1985 ; 212 / 1987 ; 284 / 1987 ; 9 / 1988.

(12) Cf. pour son texte, "Cyprus", Cmnd 1093, H.M.S.O. London 1960, p. 91.

I - LE CADRE CONSTITUTIONNEL DE LA RADIO-TÉLÉVISION

Ce cadre se caractérise par deux aspects. D'une part il pose des limites au monopole étatique en matière de radio-télévision. D'autre part, il assure comme nous le verrons plus en avant, un véritable pluralisme communautaire en matière de programmes, au profit des deux principales communautés de la République, les communautés grecque et turque.

Le monopole de la Cy.B.C., trouve un fondement juridique dans l'article 25 de la Constitution. Le paragraphe (1) de cette disposition proclame la liberté du commerce et de l'industrie (13). Toutefois, son paragraphe (3) pose quelques limites, déclarant qu'"... une loi peut prévoir, lorsque il est d'intérêt public, que certaines activités ayant la nature d'un service public substantiel, ou relatives à l'exploitation de ressources d'énergie ou d'autres ressources naturelles, seront exercées exclusivement par la République, ou une municipalité, ou par une personne morale de droit public, créée à cet effet par ladite loi, et administrée sous le contrôle de la République..." (14).

Le paragraphe (3) de l'article 25, autorise la création d'un monopole étatique dans le domaine de la radio-télévision, fondé sur la satisfaction de l'intérêt public. L'exploitation des ondes hertziennes équivaut à l'exploitation de "ressources naturelles" au sens de la disposition constitutionnelle. De même, l'exploitation d'une entreprise de radio-télévision, constitue une activité "ayant la nature d'un service public substantiel". Celle-ci accordait jusqu'à l'adoption de la loi n° 120 de 1990 relative à la radiodiffusion privée, un fondement juridique au monopole de la Cy.B.C..

Mais si le monopole étatique est consacré par la Constitution, cette même Constitution prévoit des exceptions à ce type de monopole.

En effet, son article 19 (1) proclame la liberté d'expression dans toutes ses formes, et son paragraphe (2) précise que cette liberté consiste dans le fait "de tenir des opinions, de recevoir et de propager des informations et des idées, à l'abri des ingérences de toute autorité publique, et sans considération des frontières" (15).

Le paragraphe (3), impose à son tour à la liberté d'expression des limitations.

(13) Ce paragraphe déclare : "Every person has the right to practice any profession or to carry on any occupation, trade or business".

(14) Le paragraphe (3) dispose : "... a law may provide, if it is in the public interest, that certain enterprises of the nature of an essential public service or relating to the exploitation of sources of energy or other natural resources shall be carried out exclusively by the Republic or municipal corporation or by a public corporated body created for the purpose by such law and administered under the control of the Republic, ...". Une disposition identique est consacrée par l'art. 43 de la Constitution italienne.

(15) Le paragraphe (1) de l'article 19 déclare : "Every person has the right to freedom of speech and expression in any form". Le paragraphe (2) poursuit : "This right includes freedom to hold opinions and receive and impart information and ideas without interference by any public authority and regardless of frontiers".

Il déclare que celle-ci peut être soumise dans son exercice, à des formalités, conditions, restrictions ou pénalités imposées par la loi, dans l'intérêt de la sécurité de la République, de l'ordre constitutionnel, de la sécurité publique, de l'ordre public, de la santé publique, de la moralité publique, de la protection de la réputation ou des droits de tiers, de la révélation d'informations confidentielles, de la préservation de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire.

Mais son paragraphe (5), va plus loin, en imposant une limitation, spécifique lorsque la liberté d'expression utilise comme support les ondes. Il déclare à cet effet que l'État peut soumettre les entreprises de radio-télévision et de cinématographie à un régime d'autorisation administrative préalable (16).

L'article 19 de la Constitution chypriote s'inspire fortement de l'article 10 de la Convention Européenne des droits de l'Homme, ratifiée par Chypre en 1962.

Cette disposition permet le développement d'un *secteur libre* de radio-télévision à Chypre dans le cadre d'une liberté limitée (17). On entend par secteur libre de la radio-télévision, le secteur composé d'entreprises de diffusion indépendantes de l'État, celles-ci pouvant être des personnes privées ou encore des personnes publiques autres que l'État, comme par exemple des collectivités territoriales (municipalités). L'article 19 de la Constitution confère ainsi une légitimité constitutionnelle à la loi n° 120 de 1990.

En définitive la Constitution chypriote consacre une flexibilité quant au statut juridique de la radio-télévision. Ses articles 25 et 19 offrent au législateur un choix. Celui-ci peut mettre en place soit un régime de monopole étatique, soit un régime mixte (18) composé d'entreprises étatiques et d'entreprises de radio-télévision libres.

(16) Le paragraphe (5) déclare : "Nothing in this Article contained shall prevent the Republic from requiring the licensing of sound and vision broadcasting or cinema enterprises".

(17) Voir infra p. 10 et s. ; aussi à propos du même débat en France cf. Debbasch Ch. : "Le principe de la liberté de la communication audiovisuelle" in "La C.N.C.L.", Economica, Paris 1988, p. 12 ; et du même auteur : "La Convention Européenne des droits de l'Homme et le régime de l' O.R.T.F.", Revue des droits de l'Homme, vol. III - 4, 1970, p. 638.

(18) Une solution identique est consacrée en Grèce sur le fondement d'une interprétation doctrinale et judiciaire de l'article 15 de la Constitution ; Cf. en ce sens Alivizatos N. : "Monopole ou Liberté : les garanties du pluralisme en Grèce", (4èmes Journées franco-helléniques de la Société de Législation Comparée : Le droit face aux problèmes modernes de la communication audiovisuelle), in Revue Internationale de Droit Comparé, 1989, pp. 318 - 319.

II - L'ORGANISME PUBLIC DE RADIO-TÉLÉVISION : LA Cy.B.C.

A) NATURE ET MISSIONS

C'est la loi Cap. 300 A amendée, qui régit le statut de la Cy.B.C. Son article 4 lui confère expressément la personnalité juridique. Cet organisme constitue une personne morale de droit public. Ce caractère découle de l'article 122 de la Constitution qui traitant de la fonction publique, définit la notion de service public, et inclut expressément dans cette définition la Cy.B.C. (19).

La loi (art. 17), charge la Cy.B.C. des missions suivantes :

- exploiter par radio sonore ou télévision, un service public d'émissions, destinées à être reçues par l'ensemble de la population ;
- contrôler et exploiter les installations et équipements acquis ;
- promouvoir la radio-télévision à Chypre et à l'étranger conformément à la pratique internationale reconnue ;
- conseiller le ministre de tutelle sur les questions relatives à la radio-télévision.

B) STRUCTURE

La Corporation fonctionne d'après une structure qui la soumet, du moins en théorie à un contrôle du pouvoir exécutif.

La Cy.B.C. dispose d'un organe central, le *Conseil des gouverneurs*, composé de sept membres au plus, nommés par le Conseil des ministres pour une durée de trois ans. L'un de ces membres est désigné par le Conseil des ministres pour exercer les fonctions de président de la Corporation.

Le Conseil des ministres dispose du pouvoir de révoquer sans aucune justification tout membre du Conseil des gouverneurs (art. 5).

L'article 9 prévoit l'institution d'un *directeur général* de la Corporation, chargé de l'exécution de la politique de la Cy.B.C. et de son administration courante. Il est nommé par le Conseil des ministres, sur consultation du Conseil des gouverneurs.

La Cy.B.C. comprend également des *Commissions consultatives*. L'article 20 de la loi, consacre l'existence de deux commissions de ce type : une pour les programmes en langue grecque ; une pour les programmes en langue turque. La même disposition accorde la possibilité à la Corporation pour créer de nouvelles commissions de ce type. Le nombre de leurs membres n'est pas précisé par la loi.

Le pouvoir exécutif peut également agir sur l'organisme public de la radio-télévision chypriote par le biais d'une série de dispositions contraignantes, de la Cap. 300 A :

- le ministre de l'intérieur peut adresser des directives de caractère général à la Cy.B.C. requises dans l'intérêt de la République.

(19) Cf. Tomaritis Cr. : "I Nomiki Physis Tou Radiophonikou Idrimatos Kyprou", (en grec), (La nature juridique de la Cy.B.C.), in Cyprus Law Tribune, 5 (1972), n° 1-2, p. 10.

Ces directives lient la Corporation et doivent être relatives aux missions de celle-ci (20) ;

- la Cy.B.C. doit fournir au ministre de l'intérieur lorsque celui-ci en fait la demande, les éléments relatifs à ses avoirs et activités ;

- la Corporation doit présenter au ministre de l'intérieur un rapport annuel de ses activités (art. 31) ;

- le Conseil des ministres dispose d'un pouvoir de censure sur les programmes de la Cy.B.C. en vertu de l'article 22 (3) de la loi ;

- enfin, l'article 44 (1) de la loi, consacre des pouvoirs exceptionnels du Conseil des ministres dans des cas d'urgence, où il importe que le gouvernement ait sous son contrôle la radio-télévision (21).

La Corporation subit également un contrôle parlementaire, exercé à l'occasion de la discussion annuelle de son budget devant la Chambre des Représentants. Ce contrôle n'est pas uniquement budgétaire : en 1990, la Commission parlementaire de l'Économie et du Budget attirait l'attention de la Cy.B.C. sur le fait, que ses programmes semblaient favoriser le pouvoir exécutif, au détriment des autres pouvoirs, et qu'elle doit assurer un égal accès à l'antenne de tous les pouvoirs étatiques (législatif, et judiciaire y compris) (22) .

C) FINANCEMENT

La Cy.B.C. fonctionne avec un budget annuel de l'ordre de 8 millions de livres chypriotes (environ 96 millions de francs français), et un personnel de 440 personnes (chiffres de 1988).

Le financement de la corporation est essentiellement assuré par trois catégories de ressources :

- une contribution des usagers : tout usager doit acquitter bi-mensuellement un droit, calculé sur la base de sa note d'électricité. Ces contributions représentent 31 % des ressources totales de la Cy.B.C. (chiffres de 1988) (23) ;

- des ressources commerciales, provenant de la diffusion de messages publicitaires, et du parrainage. Ces ressources représentent 54 % des ressources totales de la Corporation (chiffres de 1988) ;

- enfin une subvention étatique, allouée annuellement à la Cy.B.C. au titre de remboursement de services rendus par la Corporation à l'État. Il est à noter que cette subvention ne dépasse pas généralement 5 % du budget de la Cy.B.C. Depuis 1987, elle n'a pas été reconduite par le Parlement chypriote.

(20) Cf. Christofides A. : "Structure et activités de la Cyprus Broadcasting Corporation", Revue de l'U.E.R., juillet 1969, p. 16.

(21) Idem, p. 16.

(22) Cf. le quotidien grec-chypriote "Alithia", du 10 juillet 1990.

(23) Ce système a été introduit en 1979 avec la loi n° 14 de 1979, cf. Official Gazette n° 1503, 16.2.1979, Suppl. I. Il a remplacé une redevance fixe, perçue par poste récepteur détenu. Depuis 1984, un amendement est en suspend devant le Parlement, tendant à augmenter le droit acquitté sur le fondement de la consommation électrique des usagers.

III - LA RADIODIFFUSION LIBRE (LOI N° 120 DE 1990)

La marche politique de plus en plus accélérée de Chypre vers l'Europe, l'eupéanisation de la société chypriote de ces dernières années, son essor économique spectaculaire, et l'explosion audiovisuelle privée dans la plupart des pays européens (24), ont rendu les revendications pour le développement d'une radio-télévision libre à Chypre, inévitables.

Ces revendications sont apparues vers 1986, à l'initiative de l'"Union des Municipalités de Chypre", qui réclamait timidement auprès du gouvernement la création d'une radiodiffusion municipale, indépendante du régime de la Cy.B.C.

Le véritable débat sera instauré fin 1988. Le gouvernement annonce le 3 octobre de la même année la préparation d'un projet de loi sur la radiodiffusion privée. Il sera suivi du dépôt par chaque grande formation politique, d'une proposition de loi (31 oct. 1988 dépôt de la proposition du Parti conservateur (DISY) ; 5 novembre 1988 dépôt de la proposition du Parti de centre (DIKO) ; 20 octobre 1989 dépôt de la proposition du Parti socialiste (EDEK)).

Le consensus sera large : gouvernement, grandes formations politiques et la Cy.B.C., tous sont d'accord pour la promotion d'un secteur libre de la radiodiffusion. Ce consensus aboutit le 28 juin 1990 au vote de la *loi n° 120 de 1990, relative "à la création, l'installation et au fonctionnement de stations de radiodiffusion"*.

Lors de ce vote, tous les partis ont manifesté leur volonté de promouvoir dans l'avenir l'adoption d'une loi sur la télévision privée.

La réforme de juin 1990 se fonde sur l'article 19 de la Constitution, qui permet comme nous l'avons déjà vu, le développement d'un secteur libre de la radio-télévision (25).

Grâce au recours à l'article 19 de la Constitution, elle vise à créer un secteur libre de radiodiffusion, *juridiquement indépendant* du régime de la Cy.B.C.

L'objectif est de taille. En effet le paragraphe (m) de l'article 17 (2) de la loi Cap. 300A, permet la création d'entreprises de radio-télévision privées sur la base du régime de la concession, soumises aux règles qui régissent la Cy.B.C.

Ce paragraphe dispose, que la Corporation peut : "avec l'approbation du Conseil des ministres (anciennement le Gouverneur) passer des conventions avec des intérêts commerciaux de la radiodiffusion, en vue de leur concéder pour une durée déterminée ses émetteurs de radio-télévision et ses studios : pourvu que les émissions de ces organismes commerciaux soient conformes aux dispositions de la présente loi (Cap. 300 A) et à la politique de la Cy.B.C." (26).

(24) Cf. "Radio et télévision en Europe", sous la direction de Ch. Debbasch, Paris, éd. C.N.R.S. 1985.

(25) Cf. supra pp. 126-127.

(26) Cet article est ainsi libellé en anglais : "... the Corporation may, either in its own name or through any agent - with the approval of the Governor enter into arrangements with commercial broadcasting interests to lease from the Corporation the use of its sound and television transmitters and studios for certain

Il ressort de l'examen de la loi n° 120 de 1990, que celle-ci est fortement inspirée de la législation hellénique de 1987-1988 (27).

Elle propose un régime indépendant du statut législatif de la Cy.B.C. et n'affecte en rien la Cap. 300 A (art. 22).

La loi est marquée par deux tendances : elle fonde le développement du secteur libre de la radiodiffusion sur le régime de l'autorisation administrative préalable ; elle confie une mission de police de ce nouveau secteur à certaines autorités publiques.

A) LES AUTORITÉS PUBLIQUES CHARGÉES DE LA POLICE DU SECTEUR

La régulation de la radiodiffusion libre est confiée par la loi de juin 1990 au *Conseil des ministres* et à un organe ad hoc la *Commission Consultative de Radiodiffusion* (C.C.R.).

- C'est le Conseil des ministres qui délivre, renouvelle et prononce le retrait des autorisations. (art. 4, et 14).

L'article 21 lui confère en la matière un pouvoir réglementaire assez important. Le Conseil des ministres peut adopter des Règlements d'application en vue de réguler une série de questions, telles que : la procédure de demande de délivrance et de renouvellement des autorisations ; les conditions techniques imposées aux diffuseurs ; les moyens de contrôle du respect des engagements et des obligations des titulaires d'autorisations ; l'adoption d'un code des messages publicitaires ; la constitution de réseaux ; l'égalité de traitement entre les partis politiques dans la programmation ; la concurrence déloyale entre la Cy.B.C. et les radios libres ; la publication des bilans et comptes annuels des titulaires des autorisations ; le minimum d'heures d'émissions ; etc...

Le Conseil des ministres dispose également d'un pouvoir de nomination ; il nomme trois, des sept membres de la C.C.R.

- La deuxième autorité chargée de la police administrative des radios libres est la C.C.R. Elle constitue en la matière, le bras droit du Conseil des ministres.

Cette autorité instituée par l'article 3 de la loi, est composée de sept membres nommés pour trois ans : le Directeur général du Ministère des Communications et des Travaux publics agissant en tant que Président de la commission ; le Directeur du Bureau d'Information Publique et de Presse (Public Information Office) ; un membre proposé par l'"Union des Municipalités de Chypre" ; un membre proposé par l'"Union des Rédacteurs de Chypre" ; deux membres nommés par le Conseil des ministres parmi les personnes ayant des

specified times : Provided that any transmissions conducted by any such a commercial organisation shall be conducted in accordance with the provisions of this Law and with the policy laid down by the Corporation ;".

(27) Cf. à propos de la législation hellénique Kotsiris L. : "Le statut de l'entreprise audiovisuelle en Grèce", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1989, p. 437.

connaissances spéciales et une expérience reconnue dans le domaine des mass media (à l'exclusion des fonctionnaires et agents des organismes semi-publics) ; enfin un membre nommé par le Conseil des ministres parmi les juristes d'un niveau professionnel et moral élevé (à l'exclusion des fonctionnaires et agents des organismes semi-publics).

Les membres de la C.C.R. doivent avoir la nationalité chypriote, et ne peuvent avoir un intérêt direct ou indirect dans une entreprise de radio-télévision.

La loi confie à la C.C.R. (28) une mission consultative et une mission de contrôle :

- la C.C.R. adresse des avis au Conseil des ministres en vue de la délivrance et du renouvellement des autorisations (art. 3 (1) (a)).

Ainsi, les demandes d'autorisations sont dans un premier temps instruites par la C.C.R. qui transmet par la suite son avis au Conseil des ministres (art. 11 (2)).

Elle adresse des avis au Conseil des ministres à propos du retrait des autorisations (art. 14).

- la mission de contrôle est en quelque sorte indirecte. Elle découle de l'article art. 3 (1) (b) qui attribue à la C.C.R. le pouvoir de demander aux diffuseurs de lui communiquer tout élément concernant le respect des principes régissant la programmation des émissions et d'initier toute mesure prévue par la loi.

En dehors du Conseil des ministres et de la C.C.R., la loi prévoit l'intervention d'autres autorités : de l'*Attorney General* de la République en matière de contrôle de la réglementation des programmes (art. 17), qui peut demander à tout diffuseur copie de l'enregistrement d'une émission, susceptible de constituer une infraction pénale ; du *Ministre des Communications et des Travaux publics* qui peut demander la conservation d'une copie d'une émission s'il l'estime nécessaire ; enfin, l'article 21 (2) de la loi confère au Conseil des ministres la faculté de créer par voie de règlements des *commissions d'experts* en vue de le consulter sur toute question relevant de la loi.

B) LE RÉGIME DES AUTORISATIONS ADMINISTRATIVES PRÉALABLES

• Les radios libres fonctionnent sous le régime de l'autorisation administrative préalable. Les autorisations sont délivrées en vue de la création, l'installation et du fonctionnement des stations de radiodiffusion (art. 2).

Les autorisations sont nominatives.

D'une durée de 3 ans, elles sont renouvelables (art. 11 (3)).

Elles autorisent l'exploitation des stations sur Ondes moyennes et Modulation de fréquence (art. 4 (1)).

Les autorisations sont "nationales" (en Ondes moyennes, et lorsqu'elles bénéficient aux sociétés et personnes physiques), et "locales" lorsqu'elles bénéficient aux municipalités.

(28) La C.C.R. a siégé pour la première fois le 26 juillet 1990. Cf. le quotidien grec-chypriote "Alithia" du 27 juillet 1990.

- Les titulaires d'une autorisation remplissent une mission de service public. Les autorisations sont délivrées en vue de satisfaire l'intérêt général, garantissant la diffusion objective d'informations et de programmes artistiques et culturels, en vue d'assurer un niveau qualitatif de leur programme, niveau correspondant à leur mission sociale, et de développement culturel du pays (art. 5).

- La loi vise trois catégories de bénéficiaires d'autorisations (art. 6) : les *municipalités* ou groupements de municipalités opérant dans le cadre d'un District ; les *sociétés à responsabilité limitée*, enregistrées selon la loi Cap. 113 (loi sur les Sociétés commerciales inspirée de la loi britannique de 1948 Companies Law) ; les *sociétés de personnes* (sociétés en nom collectif et sociétés en commandite simple), enregistrées selon la loi Cap. 116 (Partnerships and Business Names Law) ; enfin les *personnes physiques* ayant la nationalité chypriote et leur résidence permanente à Chypre.

Dans le cas d'une société, tous les actionnaires doivent avoir la nationalité chypriote et leur résidence permanente à Chypre. Une seule autorisation est délivrée pour une personne physique ou une société.

- Les critères d'attribution et de renouvellement des autorisations sont variés (art. 12) : équipements techniques de la station compte tenu de la préservation des télécommunications, des media électroniques et de la navigation aérienne ; contenu et qualité des programmes en fonction de l'expérience et de la compétence des collaborateurs permanents de la chaîne et compte tenu des engagements de programmation souscrits en vue du développement de l'information, de la culture, du divertissement, des arts ; probabilité et volonté du respect de tels engagements. Lors du renouvellement de l'autorisation est en outre pris en compte le critère de l'audience de la chaîne.

Interviennent également des critères d'anti-concentration (art. 9) : l'autorisation ne peut être délivrée à une société, si parmi ses actionnaires, figure une personne physique ou morale qui possède plus de 10 % de son capital social, et bénéficie déjà individuellement ou avec d'autres personnes d'une autorisation.

L'autorisation ne peut être délivrée à une personne physique, qui possède plus de 5 % du capital social d'une société, déjà titulaire d'une autorisation, ou lorsque la personne physique est un dirigeant ou un conseiller d'une société déjà titulaire d'une autorisation.

- Les autorisations peuvent contenir des limitations et conditions, fixées par les règlements ou imposées par le Conseil des ministres (conditions relatives à la localisation de la station, ses buts, et son fonctionnement), (art. 11 (1)).

- L'interruption du fonctionnement de la station pendant trois mois consécutifs emporte expiration automatique de l'autorisation (art. 11 (4)).

Le Conseil des ministres peut retirer l'autorisation à titre de sanction (art. 14), et à tout instant, pour l'un des motifs suivants :

- lorsque les conditions qui ont fondé la délivrance de l'autorisation ne sont plus réunies (conditions techniques et de programmation) ;
- en cas de violation sérieuse des conditions de l'autorisation ;
- en cas d'une deuxième condamnation depuis la délivrance ou le dernier renouvellement de l'autorisation pour une quelconque infraction prévue par la Partie II du Code pénal (infractions commises par la voie des ondes).

La décision du retrait doit être motivée, et nécessite une audition préalable du titulaire de l'autorisation.

- L'art. 20 impose aux titulaires d'une autorisation l'obligation de publier annuellement leur bilan annuel et leurs comptes d'exploitation dans deux quotidiens, et de transmettre copie de ces documents à la C.C.R.

- La loi érige en délit pénal punis d'un emprisonnement d'un an ou d'une amende de 2.000£ chypriotes (environ 24.000 FF) ou des deux peines à la fois, toute personne qui crée, installe et exploite une station de radio sans autorisation préalable délivrée par le Conseil des ministres, ou qui exploite une telle station en violation des conditions imposées par l'autorisation.

IV - LA RÉGLEMENTATION DES PROGRAMMES RADIO -TÉLÉVISÉS

En 1988, la Cy.B.C. avait diffusé un total de 13.019 heures d'émissions radio, et de 2.329 heures d'émissions télévisées (29). Les chiffres des émissions diffusées par les radios libres ne sont pas disponibles à ce jour, vu leur création toute récente. Ces émissions sont soumises à une réglementation assez variée qui peut être à la fois commune aux programmes de la Cy.B.C. et des radios libres. Les textes consacrent également une réglementation des programmes, spécifique à la Cy.B.C. et aux radios libres.

A) LA RÉGLEMENTATION COMMUNE DES PROGRAMMES.

Cette réglementation d'origine constitutionnelle et législative s'impose tant à la Cy.B.C. qu'aux radios libres. Elle concerne tant les programmes commerciaux que les programmes non commerciaux.

1) Le principe de la garantie du pluralisme communautaire.

Ce principe découle de la nature même de l'État chypriote, qui, dans sa conception d'origine, tend à assurer la coexistence des deux

(29) Cf. "Rapport annuel de la Cy.B.C. 1988", p. 2.

principales communautés de l'île, la communauté grecque et la communauté turque. Cette conception de la République de Chypre, qui est profondément gravée dans la Constitution de 1960, se retrouve en matière de programmes radio-télévisés.

L'article 171 de la Constitution consacre expressément le principe. Son paragraphe (1) impose la diffusion obligatoire de programmes radio-télévisés à l'intention des communautés grecque et turque. En outre les émissions officielles doivent être diffusées dans les langues de ces deux communautés.

La même disposition régleme la répartition du volume des émissions entre les deux communautés. Ainsi en matière de radio, la communauté turque se voit attribuer un minimum de 75 h d'émissions par semaine. En cas d'augmentation ou de réduction du volume des heures d'émissions au profit de la communauté grecque, des ajustements sont prévus à propos des émissions destinées à la communauté turque (30).

En matière de télévision la répartition est plus complexe : la communauté turque a droit à 3 jours d'émissions pour chaque tranche de 10 jours consécutifs d'émissions ; étant entendu que le volume horaire des programmes turcs dans le cadre des 10 jours consécutifs d'émissions, doit être à proportion de 3 h, pour 7 h de programmes grecs diffusés durant les 10 jours (31).

En dehors de la Constitution, le principe du pluralisme communautaire en matière de programmes radio-télévisés est consacré par la loi à l'égard de la Cy.B.C.. L'article 19 (1) de la Cap. 300 A, oblige la Corporation à offrir des services de radiodiffusion avec impartialité, en tenant compte des intérêts et des susceptibilités des différentes communautés de l'île, et en prêtant une attention particulière aux intérêts des communautés minoritaires.

Le paragraphe (2) du même article, impose à la Corporation de diffuser ses programmes en langues grecque, turque et anglaise, en respectant un "juste équilibre" dans l'allocation des temps d'émission entre ces trois langues.

Tel que conçu par l'article 171 de la Constitution, le principe du pluralisme communautaire nous semble s'imposer à tous les diffuseurs de programmes, indépendamment de leur nature, publique ou privée. Jusqu'à nos jours il était imposé qu'à la seule Cy.B.C.

La loi de 1990 relative aux radios libres reste muette sur ce point.

(30) Ainsi par exemple, si les émissions au profit de la communauté grecque dépassent le seuil des 140 heures par semaine, la communauté turque a droit à 3 heures supplémentaires d'émissions, pour chaque tranche de 7 heures supplémentaires, d'émissions grecques.

(31) Le paragraphe (3) de l'art. 171 est ainsi libellé : "In vision broadcasting there shall be allotted three transmission days to the programmes for the Turkish Community of every ten consecutive transmission days and the total time allotted to the programmes for the Turkish Community in such ten transmission days shall be in the ratio of three hours to seven hours allotted to programmes for the Greek Community in such ten transmission days".

Dans les faits, le principe n'est pas appliqué, ou, ne l'est que partiellement. La rupture intervenue depuis 1963 entre communautés grecque et turque de l'île, conduit la Cy.B.C. à adapter dans la pratique cette règle constitutionnelle (32).

D'un point de vue juridique, la violation partielle de l'article 171 de la Constitution, reçoit une légitimation en Droit chypriote grâce à la "doctrine de la nécessité", consacrée par la Cour Suprême chypriote en 1964 (33).

2) Responsabilité pénale et délictuelle

Les programmes diffusés par la voie des ondes peuvent donner naissance à une responsabilité pénale ou délictuelle, réglementée par des textes de droit commun.

Diverses dispositions du Code pénal chypriote (Cap. 154 Criminal Code) (34) paraissent pouvoir être appliquées à la diffusion de programmes radio-télévisés. Le principe est d'ailleurs consacré par la loi n° 120 de 1990, qui autorise le retrait d'une autorisation délivrée à une radio libre s'il y eu une deuxième condamnation à un délit prévu par la Partie II du Code pénal. Nous pouvons citer à cet égard, l'art. 50 qui réprime la publication de fausses nouvelles et de fausses rumeurs avec intention de répandre la peur au public ; l'art. 51 qui réprime l'incitation à la violence ; l'art. 99 sanctionnant les insultes publiques ; l'art. 68 relatif à la diffamation de souverains étrangers ; l'art. 142 réprimant l'offense à une religion ; l'art. 177 qui réprime les publications obscènes ou immorales ; enfin les art.194 à 202 qui répriment la diffamation simple et la diffamation calomnieuse, combinés dans leur application à la loi sur la responsabilité délictuelle (Cap. 148 Civil Wrongs Law) (35) ; d'ailleurs l'art. 16 de la loi n° 120 de 1990 rappelle que la diffamation commise par les radios libres est sanctionnée conformément à la Cap. 148 et la Common Law.

Sous l'angle de la responsabilité découlant de la diffusion de programmes radio-télévisés, le droit chypriote adopte une position assez vague quant au droit de réponse. L'institution semble même être

(32) En pratique la Cy.B.C. continue à diffuser des émissions à l'intention de la communauté turque, mais les limites fixées par l'art. 171 de la Constitution ne sont plus appliquées. Ainsi par exemple en matière de radio cet article impose un minimum de 75 h d'émissions par semaine au profit de la communauté turque. En 1988, la Corporation avait diffusé à l'intention de la communauté turque que 45,5 h d'émissions par semaine ; Cf. " Rapport annuel de la Cy.B.C. 1988", p. 15.

(33) Cf. la fameuse décision *Attorney - General v. Mustapha Ibrahim*, (1964) C.L.R. 195. Cette affaire est née des tensions communautaires de 1963. A la suite de ces tensions, l'organisation judiciaire telle que consacrée par la Constitution de 1960 devait être reformée en raison du retrait des magistrats turcs. Une loi de 1964, fusionnait la Cour Constitutionnelle à la Haute Cour, et créait ainsi la Cour Suprême. Cette loi contestée, a été déclarée conforme à la Constitution sur le fondement de la "Doctrine de nécessité", permettant depuis, le fonctionnement régulier des institutions de la République. Voir Tornaritis Cr. : "Cyprus and its Constitutional and Other Legal Problems", Nicosia, 1977, pp. 74 -77.

(34) Cf. The Statute Laws of Cyprus, Rev. Edit. 1959, Vol. III.

(35) Idem.

ignorée du droit de la presse écrite. En effet, la loi sur la Presse écrite (Cap. 79 Press Law) (36), dans son art. 24 consacre qu'un simple droit à la rectification.

Son application peut être étendue à la radio-télévision.

Toutefois, l'article 17 (1) de la loi sur les radios libres consacre une règle qui semble avoir pour but de faciliter l'exercice du droit de réponse sur les ondes. Il déclare que toute personne qui estime avoir été atteinte dans son honneur par une émission radiophonique a le droit de demander par écrit dans le mois qui suit la diffusion de l'émission litigieuse, et de recevoir dans la semaine qui suit sa demande, copie de l'enregistrement de l'émission.

3) Droit d'auteur et droits voisins

La question du droit d'auteur et des droits voisins à Chypre est régie par la loi n° 59 de 1976 en date du 3 décembre 1976 (37). Ce texte a abrogé le Copyright Act britannique applicable à Chypre jusqu'en 1976. Il régit le droit d'auteur à l'intérieur de la République de Chypre. Les aspects internationaux de la matière sont réglementés par la Convention de Berne (version de Rome 1928), seule convention internationale en matière de propriété intellectuelle applicable à Chypre à ce jour (38). La loi de 1976 constitue un texte moderne, et vise expressément les activités de radio-télévision.

Elle définit les "émissions de radiodiffusion" comme étant les émissions sonores et visuelles, englobant la câblo-distribution.

L'auteur d'une émission de radiodiffusion est la personne qui a pris les arrangements en vue de la transmission depuis le pays où celle-ci a eu lieu.

L'"enregistrement sonore" est défini comme étant la première fixation d'une séquence de sons pouvant être perçue acoustiquement et reproduite.

Sur ces bases trois observations sommaires peuvent être faites :

- la loi accorde une protection civile et pénale aux titulaires d'un droit d'auteur sur une œuvre scientifique, littéraire, musicale et artistique, sur un film cinématographique, ou sur une photographie, qui disposent d'un droit exclusif d'autoriser sur le territoire chypriote leur

(36) Ibid, Vol. I.

(37) Cf. Straschnov G. : "Nouvelle loi cyprite sur le droit d'auteur", Revue de l'U.E.R., janvier 1978, p. 46.

(38) Signalons dans le domaine des droits voisins, et notamment celui de la protection des organismes de radio-télévision, que Chypre était liée jusqu'au 1er janvier 1990 par le système de l'Arrangement Européen pour la Protection des émissions de télévision, Convention du Conseil de l'Europe conclue en 1960, et par ses trois Protocoles additionnels de 1965, 1974, et 1983. Cf. à propos de ce système Debbasch Ch. : "Droit de l'audiovisuel", précis Dalloz, Paris, 1988, pp. 638 et 686. Chypre a quitté le système par l'effet d'une dénonciation automatique, imposée par le Protocole de 1983, dans le cas de la non ratification avant le 1.1.1990 de la fameuse Convention de Rome du 26 oct. 1961 sur la Protection des droits voisins.

radiodiffusion (ou câblo-distribution). Cette protection a une durée de 50 ans à compter de la fin de l'année au cours de laquelle l'auteur est décédé (pour les films cinématographiques et les photographies la protection court à compter de la fin de l'année au cours de laquelle l'œuvre a été publiée pour la première fois).

- dans le domaine des droits voisins, le texte de 1976 accorde une protection civile et pénale aux enregistrements sonores. Cette protection s'analyse comme le droit exclusif d'autoriser sur le territoire chypriote la reproduction directe ou indirecte de la totalité ou d'une partie substantielle de l'enregistrement, soit dans sa forme d'origine, soit dans une forme manifestement dérivée de l'original.

La protection ici accordée est d'une durée de 20 ans, à compter de la fin de l'année au cours de laquelle l'enregistrement a été fixé pour la première fois.

- enfin, la loi accorde une protection spécifique aux entreprises de radio-télévision (hertziennes ou par câble) considérées comme "auteurs d'émissions de radiodiffusion". Ces entreprises, se voient conférer le droit de contrôler sur le territoire chypriote l'enregistrement, la réémission de la totalité ou d'une partie substantielle de leurs émissions ainsi que la communication au public dans les lieux où un droit d'entrée est exigé.

A cet égard la durée de la protection est de 20 ans à compter de la fin de l'année au cours de laquelle l'émission a eu lieu.

B) LA RÉGLEMENTATION DES PROGRAMMES DE LA Cy.B.C.

Cette réglementation s'adresse à certains types de programmes. Elle concerne, la diffusion de messages publicitaires ; les émissions d'information ; l'accès à l'antenne des partis politiques ; les campagnes électorales.

1) Les messages publicitaires

La diffusion de messages publicitaires assure à la Cy.B.C. une partie substantielle de ses ressources (54 %).

La loi Cap. 300 A, est muette quant à ce type d'émissions. Elle se contente simplement de déclarer dans le paragraphe (I) de son article 17 (II), que "la diffusion de messages publicitaires ne doit pas heurter la politique générale de la Cy.B.C."

La matière relève de l'auto-régulation. En effet la Cy.B.C. a élaboré depuis 1968 un Code de la publicité.

Ce Code a été révisé en 1990. Sa dernière version est applicable depuis le 1er avril 1990. Il est très détaillé, et couvre la diffusion des messages publicitaires de produits et de services tant à la radio, qu'à la télévision, ainsi que le parrainage. Son interprétation relève de la seule Corporation.

Ce code impose des règles générales quant au contenu des messages publicitaires :

- ils doivent respecter "les valeurs morales qui constituent la base des sociétés démocratiques, et qui sont communes aux pays membres du Conseil de l'Europe, telles que la liberté individuelle, l'égalité des sexes etc..." ;

- ne doivent pas porter atteinte à la vie privée des personnes ;
- ne doivent pas être d'un niveau sonore excessif ;
- doivent respecter les intérêts des consommateurs ;
- peuvent être diffusés en langue grecque, turque, anglaise, arménienne et arabe et dans toute autre langue à l'appréciation de la Corporation.

Des dispositions très détaillées réglementent les messages destinés aux enfants et adolescents, les messages relatifs aux établissements scolaires et de formation, aux produits pharmaceutiques et médicaments et aux produits d'hygiène personnelle.

Le Code autorise la publicité comparative qui doit être loyale et en aucun cas diffamatoire.

Il autorise la publicité en faveur des boissons alcoolisées, et de tels messages "doivent être diffusés à des heures d'écoute avancées et en aucun cas entre des émissions qui sont destinées aux enfants et adolescents".

Le Code interdit toute publicité en faveur d'un parti politique ou d'un groupement religieux.

Il interdit également la publicité en faveur de 13 produits et services, à savoir : des produits de tabac ; des prêts autres que bancaires ; des agences matrimoniales ; des entreprises funéraires ; des prévisions de la chance (astrologie ; cartomancie etc) ; des paris illégaux ; des agences de travail non autorisées ; des contraceptifs ; des médicaments contre le tabagisme ; des produits pour la guérison de l'alcoolisme ; des tests de grossesse ; des établissements de soins capillaires ; de l'hypnotisme.

Le Code n'impose aucun temps maximum consacré à la publicité. Il se contente simplement de préciser qu'en matière de télévision "la politique de la Cy.B.C. est telle, que le temps consacré à la publicité télévisée ne doit pas réduire la valeur des programmes en tant que moyens d'information, de culture et de divertissement".

Enfin la Corporation se réserve le droit de ne pas diffuser des messages publicitaires à des jours et heures donnés, notamment des jours de fêtes, religieuses ou nationales.

2) Les émissions d'information

La Cap. 300 A (art. 21), oblige la Corporation à programmer et à diffuser quotidiennement des journaux d'information radio-télévisés.

A ce niveau, intervient le principe constitutionnel de la garantie du pluralisme communautaire. Suivant l'art. 21 de la loi, les journaux d'information doivent obligatoirement être diffusés en grec, turc, et anglais (39).

(39) Dans les faits la Cy.B.C. transmet quotidiennement 22 journaux d'information - dans le domaine de la radio : 11 en langue grecque, 3 en langue

Selon le même art. 21, la Cy.B.C. peut à sa discrétion, programmer des émissions d'information destinées spécifiquement à chacune des deux principales communautés de l'île (40).

3) L'accès à l'antenne des partis politiques.

L'accès à l'antenne des groupements politiques doit se faire dans des conditions équitables. Le principe est consacré par l'article 19 (3) de la Cap. 300 A, qui dispose que la Cy.B.C. "doit à tout moment maintenir un juste équilibre dans l'allocation du temps d'antenne aux partis politiques".

Cette disposition fonde indirectement une obligation supplémentaire de la Corporation, celle de la retransmission des débats parlementaires (41).

4) Les campagnes électorales radio-télévisées

La réglementation des campagnes électorales radio-télévisées, a pour finalité de garantir le pluralisme démocratique. A Chypre, cette réglementation a été développée et modernisée en vue des élections présidentielles de février 1988.

Le texte de base en la matière est la loi n° 212 de 1987, qui amende la Cap. 300 A (42).

La loi ne vise que les élections présidentielles. Son article 3 consacre le principe du pluralisme démocratique, proclamant que la Cy.B.C. doit durant la campagne électorale, garantir une égalité de traitement entre les différents candidats.

Les dispositions de la loi sont très détaillées, et couvrent dans le temps l'ensemble de la campagne, débutant six mois avant l'expiration du mandat présidentiel.

Le respect de l'égalité de traitement entre les candidats est réglementé dans les plus petits détails en ce qui concerne : les journaux d'information ; la mise à disposition des candidats d'un temps d'antenne hebdomadaire et mensuel ; la couverture des conférences de presse des candidats ; la couverture télévisuelle des discours des candidats dans chaque ville de la République ; l'annonce des meetings des candidats ; la diffusion des déclarations de chaque candidat ; l'organisation de débats des candidats avec des journalistes etc.

Lors des élections présidentielles de février 1988, cette réglementation a fonctionné de manière assez satisfaisante assurant une véritable égalité entre les candidats.

turque, et 3 en langue anglaise ; en matière de Tv : 3 journaux en grec, 1 en turc, et 1 en anglais.

(40) Dans la pratique, et malgré la séparation des deux communautés, cette faculté est mise en œuvre par la Corporation grâce à la diffusion deux fois par semaine à l'intention de la communauté turque, du magazine d'information "Actualité".

(41) Cf. U.E.R. : "Retransmission des débats parlementaires par la radio et la télévision", Revue de l'U.E.R., juillet 1984, pp. 33 et 35.

(42) La loi n° 212 de 1987 a été à son tour amendée par les lois 284 / 1987, et 9 / 1988.

C) LA RÉGLEMENTATION DES PROGRAMMES DES RADIOS LIBRES.

La création toute récente du secteur des radios libres fait que la réglementation de leur programme est à l'heure actuelle embryonnaire. Toutefois, la loi n° 120 de 1990 nous donne quelques indications sur la question.

D'abord, son article 15 énonce les principes directeurs qui régissent les programmes tant commerciaux que non commerciaux des radios libres. Ces principes sont : l'objectivité et l'actualité de l'information ; la bonne qualité des émissions ; la garantie du pluralisme ; la préservation de la langue grecque ; le respect des droits de la personnalité et de la vie privée ; le respect des idéaux de la République et des droits de l'homme.

Les Règlements d'application, pris par le Conseil des ministres en vertu de l'art. 21, doivent garantir l'égalité de traitement entre les partis politiques, notamment dans le cadre des campagnes électorales et des émissions politiques.

Le même art. 21, impose au Conseil des ministres d'adopter pour les radios libres un Code des messages publicitaires.

Sur cette question l'art. 18 (3) de la loi est plus précis. Il interdit la publicité en faveur des produits de tabac et des jouets pour enfants aux radios libres. Il adopte contrairement à la réglementation de la Cy.B.C., un temps maximum consacré à la publicité. Ce temps est fixé à 10 % du total quotidien d'heures d'antenne, sans pouvoir dépasser 10 minutes pour une heure donnée. Cette limitation, soulève la question de la capacité du marché de la publicité radiophonique à Chypre, et de son partage entre les diffuseurs privés et publics.

Notons que le marché chypriote de la publicité radiophonique est estimé à 1,2 millions de livres chypriotes (environ 14 millions de francs français), soit 18 % de l'ensemble du marché publicitaire. Selon les experts, la publicité radiophonique à Chypre peut dans l'avenir supporter une croissance de l'ordre de 25 %. D'après ces mêmes estimations, une radio privée à diffusion nationale (comme par ex. "Radio Super"), doit, afin d'atteindre une viabilité économique, occuper 28 % environ du marché de la publicité radiophonique (43).

V - LA COOPÉRATION INTERNATIONALE

En dehors du domaine des droits d'auteur et des droits voisins (44), la Cy.B.C. et le gouvernement Chypriote participent activement à la coopération internationale.

- Sur le plan institutionnel d'abord, la Corporation et l'État Chypriote sont membres d'une dizaine d'organisations internationales (gouvernementales et non gouvernementales) qui interviennent dans le

(43) Voir en ce sens le quotidien grec-chypriote "Alithia", du 27 juillet 1990.

(44) Cf. supra p. 138.

domaine de la radio-télévision : U.I.T. ; UNESCO ; O.M.P.I ; Organisation Internationale des télécommunications par satellites (INTELSAT) ; Conseil de l'Europe ; Organisation Européenne de satellites de télécommunications (EUTELSAT) ; Organisation des Télécommunications du Commonwealth ; Organisation des Organismes de Radiodiffusion des Pays non alignés (BONAC) ; Association de Radiodiffusion du Commonwealth ; enfin l'U.E.R.

La participation chypriote aux activités de l'U.E.R et de la BONAC n'est pas négligeable.

La Cy.B.C. est devenue membre associé de l'U.E.R. en 1964, et membre actif en 1969. Elle participe aux échanges de programmes dans le cadre de l'Union. En 1988, la Cy.B.C. reçoit dans le cadre Eurovision 363 h de programmes, et lui transmet 44 sujets d'actualité (45).

Quant à la BONAC, la Cy.B.C. a assuré la présidence de cette organisation pour la période 1987-1990. Dans ce cadre, la Corporation a mis en place et gère, une "Banque de programmes des pays en développement", afin de faciliter les échanges de programmes (46).

• La participation chypriote à la coopération internationale se manifeste également sur le plan conventionnel.

Chypre a ratifié les Conventions internationales suivantes dans le domaine de la radiodiffusion : la Convention Internationale des télécommunications de 1982 de Nairobi (U.I.T.) ; l'Accord pour l'Importation d'objets de caractère éducatif, scientifique ou culturel de 1950 ("Accord de Florence") (UNESCO) ; l'Arrangement Européen sur l'échange des programmes au moyen de films de télévision de 1958 (Conseil de l'Europe) ; l'Accord Européen pour la répression des émissions de radiodiffusion effectuées par des stations hors des territoires nationaux de 1965 (Conseil de l'Europe).

Outre les conventions multilatérales, signalons l'existence de près de vingt Accords de coopération culturelle conclus par le gouvernement chypriote avec des pays étrangers (par ex. France ; R.F.A. ; R.D.A. ; Italie ; Inde ; Espagne ; URSS), qui servent de supports pour une coopération bilatérale entre la Cy.B.C. et les organismes publics de radio-télévision de ces différents pays. Ainsi par exemple, l'accord avec la R.D.A. qui date de 1973, a permis une coopération de la Cy.B.C. avec son homologue Est allemand dans les domaines des échanges de programmes et de la formation des personnels.

Depuis 1989 la Cy.B.C. tâche de renforcer la coopération avec la Radio-télévision Hellénique (ERT), par la conclusion d'un accord permettant la retransmission directe des émissions de l'ERT dans ses programmes (et réciproquement).

(45) Cf. Revue de l'U.E.R., juillet 1989, p. 45.

(46) Cf. Revue de l'U.E.R., janv.1990, p. 49.

CONCLUSION

L'étude du régime juridique de la radio-télévision à Chypre, nous révèle que celui-ci a subi des transformations au fil des années tout en conservant ses particularités.

De par la position géographique et l'histoire mouvementée de l'île, le paysage audiovisuel chypriote connaît une variété de diffuseurs (Bayrak ; B.F.B.S. ; R.M.C.) bien avant la fin légale du monopole d'émission de la Cy.B.C., intervenue en juin 1990.

Issu de l'ordre juridique colonial, et d'inspiration britannique, le statut de la Cy.B.C. a su résister aux exigences du temps, comme c'est d'ailleurs le cas d'un grand nombre d'institutions juridiques chypriotes.

Le cadre constitutionnel souple quant au choix du régime applicable, (monopole étatique ou régime mixte), a permis à la radiodiffusion chypriote de passer d'un régime de monopole étatique à un régime de radiodiffusion mixte, autorisant ainsi depuis juin 1990 le fonctionnement de radios privées et municipales.

Résultant d'un large consensus politique, inspirée des expériences étrangères (notamment hellénique), la loi n° 120 de 1990 est dans son ensemble bien conçue. Elle doit permettre, du moins sur le plan juridique, le développement harmonieux de la radiodiffusion libre.

Toutefois, une réserve s'impose : il aurait été préférable de confier la police du secteur à une seule autorité administrative et indépendante, comme il en existe déjà en droit public chypriote (47), au lieu de charger le Conseil des ministres, (organe politique par excellence) de cette mission, secondé dans sa tâche par une commission consultative.

Cette solution traduit le consensus politique (48). La composition de la C.C.R. lui garantit une certaine indépendance, et on peut espérer que dans l'avenir cette institution, saura éviter au Conseil des ministres toute tentation politicienne dans la gestion des autorisations de diffusion.

Quant à la réglementation des programmes, elle apparaît satisfaisante à maints égards à travers une série d'institutions : le Code de la publicité de la Cy.B.C. instrument d'autorégulation moderne et détaillé, mais très souple quant au temps maximum consacré aux messages publicitaires ; la loi de 1976 sur le droit d'auteur et les droits voisins ; la loi de 1987 qui réglemente les campagnes électorales radio-télévisées.

Cette réglementation sera dans un proche avenir complétée pour les radios libres, par une série de Règlements adoptés par le Conseil

(47) Cf. notamment l'autorité chargée des autorisations dans le domaine des transports aériens, la "Air Transport Licensing Authority" ; ou encore celle autorisant la commercialisation des produits pharmaceutiques, le "Drugs Council", voir Nedjati (Z.) "Cyprus Administrative Law", Nicosia 1970, pp. 89-90.

(48) En effet la proposition de loi du parti conservateur confiait la mission de contrôle au Conseil des ministres, alors que celle du parti socialiste à une autorité indépendante, le "Conseil de Radio-télévision". En définitive, la loi n° 120 de 1990 consacre ces deux solutions à la fois.

des ministres. Espérons que ces textes sauront préserver les intérêts tant de la Cy.B.C. que du secteur de la radiodiffusion libre.

L'originalité du système chypriote se manifeste également dans le domaine de la réglementation des programmes, avec le principe du pluralisme communautaire qui a valeur constitutionnelle et qui s'impose en principe tant à la Cy.B.C. qu'aux radios libres.

Nous pouvons toutefois déplorer les ambiguïtés de la législation à propos de la question du droit de réponse sur les ondes.

En conclusion, nous pouvons dire que le régime de la radio-télévision chypriote connaît à l'heure actuelle une transformation, dont la réussite dépend, outre des aspects juridiques, d'autres facteurs, tels que la situation politique du pays, ou encore de facteurs économiques.

Sur ce dernier point, et malgré la prospérité économique du pays, rien ne garantit un potentiel du marché publicitaire chypriote tel, comparable à celui des autres pays européens, et apte à supporter le développement des radios libres, et demain peut-être d'une télévision privée.

R.R.J. 1991-1

Pages 145 à 168

- V -

DROIT PÉNAL

DE LA FRAUDE MONÉTIQUE A LA FRAUDE INFORMATIQUE

Par

Guillaume CHAMPY

Docteur en Droit

Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

1. - Les fraudes à la carte de crédit catégorie générique englobant divers agissements tendant à l'obtention frauduleuse de fonds à l'aide d'une carte bancaire, sont souvent citées comme faisant l'objet d'une répression insuffisante (1).

(1) Cf. notamment W. Jeandidier *Juris-classeur pénal* art. 145 et 161 fasc. 1 n° 18 ainsi que du même auteur, "Les trucages et usages frauduleux de cartes magnétiques", *J.C.P.* 1996 éd. G, 3229 n° 1. J. Huet, "La modification du droit sous l'influence de l'informatique", *J.C.P.* 83 éd. G, 3029. J. Pradel et A. Feuillard, "Les infractions commises au moyen de l'ordinateur", *R.D.P. et crim.* 1985, p. 307. J. Devèze, "La fraude informatique, aspects juridiques" *J.C.P.* 87, éd. G, I, 3289, n° 8 ainsi que du même auteur, "Infractions en matière informatique", in *Juris-classeur pénal*, art. 462-2 et 162-9 n° 71 et R. Gassin, "Le droit pénal de l'informatique", *D.* 86, chron. p. 35 et s.. A.R. Bertrand et Ph. Le Clech, "La jurisprudence française relative aux cartes de crédit", in *D.I.S.E.P.* n° spécial, supplément au vol. II n° 11, septembre 1986, ainsi que Ph. Le Clech, note sous *T.G.I. Paris* 29° Ch. correctionnelle, 8 décembre 1987 in *D.I.S.E.P.*, vol. III, n° 28, février 1988. B. Delafaye, "Les cartes de paiement : fraudes d'aujourd'hui, fraudes de demain, quelle protection ?", in 17° *Congrès des huissiers de justice*, Dijon, 25-26 et 27 septembre 1986, *Economica* 1987, P. 189 et s.. La grande presse s'était faite à l'époque, l'écho de ce que l'on appelait alors "les fraudes à la carte de crédit". Sur ce point, cf. notamment "Le démantèlement d'un réseau européen de fausses cartes bancaires, une quarantaine de personnes interpellées en Espagne, à Marseille et à Paris", in *Le Monde* 15 décembre 1987. R. Belleret, "Le douteux commerce de Fleury di Nallo", in *Le monde* 20 juin 1988. J.Y. Nau, "Journées internationales police et haute technologie : les mille et une fraudes à la carte bancaire", in *Le Monde* 10 décembre 1988. Plus récemment, cf. C. Mousset, "Spartacus pour cartes à puce", in *Le Figaro Magazine* du 17 novembre 1990, n° 14379, p. 136 et s.. Voir également le dossier Monétique et les textes rassemblés par J. Huet in *Revue droit de l'informatique*, n° 1986-3. Adde J. Pradel, "Les infractions relatives à l'informatique", in *R.I.D. comp.* 2-1990, p. 815 et s. plus spéc. p. 816 et 817.

2. - Le prétendu vide juridique qui était invoqué devait conduire à l'insertion dans le texte de la loi Godfrain du 5 janvier 1988 (2), d'un dispositif sui generis ayant pour objet d'incriminer la falsification de documents informatisés quand elle est de nature à causer un préjudice à autrui, ainsi que l'usage de tels documents commis sciemment.

Les articles 462-5 et 462-6 du Code pénal qui constituent aujourd'hui la base légale des incriminations ci-dessus évoquées étaient considérés, de l'avis même du législateur de l'époque comme visant à réprimer plus particulièrement la confection de fausses cartes bancaires (3).

Pourtant, les professionnels de la banque ainsi que les juristes spécialisés, devaient très vite critiquer ces dispositions législatives et proposer d'y substituer un système calqué sur la répression de la fausse monnaie (4).

3. - A vrai dire la confusion la plus totale semble régner au sein des diverses opinions doctrinales soulignant une prétendue inadaptation du droit pénal actuel, à la répression de ce que l'on a appelé la fraude monétique.

On s'aperçoit ainsi, qu'en déplorant l'absence d'incrimination de certains agissements frauduleux, les auteurs des diverses propositions de loi tendant à incriminer l'abus de carte bancaire, dévoilent surtout le caractère dérisoire des pénalités encourues, ainsi que les limites des règles classiques de la responsabilité pénale (5).

(2) Loi n° 88-19 du 5 janvier 1988 J.O. du 6 janvier 1988, p. 231. Cette loi avait été précédée d'une proposition de loi "tendant à instituer une incrimination pénale en matière d'usage abusif de carte bancaire" (Doc. Ass. Nat. 1° session ordinaire de 1987/1988, proposition de Loi n° 146, annexe au procès verbal de la séance du 6 octobre 1987). Cette dernière devait être abandonnée en raison du fait que les agissements qu'elle voulait réprimer pouvaient également être incriminés par les textes de la proposition de loi Godfrain qui était alors en discussion.

(3) Rapport de M.R. André au nom de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale n° 1087, Doc. Ass. Nat. 1° session ordinaire de 1987/1988, annexe au P.V. de la séance du 2 décembre 1987, p. 7 et 8, ainsi que le compte-rendu intégral de la 1° séance du 21 décembre 1987, J.O. de l'Ass. Nat. du 22 décembre 1987, p. 8023 et s..

(4) En ce sens, J. Huet et H. Maisl, Entretien avec A. Rossion, in D.I.T. n° 88-2, p. 5 et s., ainsi que "Proposition de loi tendant à réprimer la fraude monétique", présentée par M.E. Pinte, J.-P. Delalande et Ph. Auburger, déposée en avril 1989. Au terme de l'article premier de ce texte qui n'a pas été retenu, un second alinéa ainsi rédigé, devait être ajouté à l'article 462-5 du Code pénal :

"Toutefois, en cas de fraude monétique à caractère industriel ou quasi-industriel, ou d'usage de fausses cartes bancaires, de façon systématique, les dispositions de l'article 139 du Code pénal trouvent application ...".

(5) "Proposition de loi tendant à réprimer la fraude monétique" précitée (exposé des motifs p. 1 et 2). Cf. également B. Delafaye in 17° congrès des huissiers de justice, Economica 1987, précité, p. 188 et s..

4. - Il semblerait pourtant, faute d'élever le débat, que l'on s'essouffle inutilement à concevoir la carte bancaire comme objet spécifique de protection, d'autant que d'autres solutions peuvent être efficacement appliquées.

Qu'est-ce qu'une carte bancaire en effet sinon un support d'information constituant en quelque sorte une mémoire détachable du système informatique (en l'occurrence, les D.A.B. ou G.A.B.) (6), dont elle constitue une partie intégrante, au moment de son utilisation.

On peut dire ainsi que l'on abuse davantage du système, que de la carte (7).

Cette perception globale du phénomène a des conséquences pratiques importantes.

Les limites inhérentes à l'incrimination de la "fraude monétique" dévoilent contre toute attente, les perspectives de répression de la "fraude informatique".

I. - LES LIMITES INHÉRENTES A L'INCRIMINATION DE LA FRAUDE MONÉTIQUE

5. - L'actualité des fraudes à la carte de crédit commises notamment par contrefaçon de ces dernières de même que le compte rendu des débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi Godfrain du 5 janvier 1988, inclinent à penser que les articles 462-5 et 462-6 du Code pénal ont été adoptés afin de mettre un terme à l'industrie des fausses cartes bancaires (8).

6. - Il semblerait cependant que cette ambition avouée du législateur ait quelque peu manqué ses objectifs ainsi que nous allons tenter de le démontrer.

Il convient en tout état de cause, de rappeler auparavant, l'état du droit pénal antérieur en l'espèce.

(6) Le D.A.B. ou distributeur automatique de billets, est défini comme "un dispositif électro-mécanique permettant à l'utilisateur habilité de retirer des billets, et, dans certains cas, des monnaies métalliques". Le G.A.B., ou guichet automatique de banque désigne quant à lui, ce même dispositif électro-mécanique permettant à l'utilisateur habilité d'effectuer des retraits sur son compte mais offre en outre la possibilité d'avoir accès "à une gamme étendue d'autres services tels que la consultation du compte, le virement de fonds et l'acceptation de dépôts" (cf. "Les transferts de fonds électroniques : les cartes paiement et le consommateur", O.C.D.E. 1989, p. 35).

(7) Selon l'intitulé d'un article de M. le Professeur H. Croze : "Le client abuse plus du distributeur de billets que de la carte", note sous crim. 24 nov. 1983, J.C.P. 85, II, n° 20450.

(8) Rapport de M.R. André, n° 1087 précité ainsi que les divers articles du journal "Le Monde" cités à la note n° 1.

A) LES LIMITES DES INCRIMINATIONS CLASSIQUES DE FAUX EN ÉCRITURE

7. - La contrefaçon de carte de crédit, n'est qu'imparfaitement réprimée par les articles 145 et suivants du Code pénal.

Elle n'échappe cependant pas totalement à leur champ d'incrimination.

On rappellera préalablement quelques détails techniques qui sont utiles à la bonne compréhension du problème.

a) Aspect technique

8. - On retiendra de la carte magnétique, la définition proposée par M. le professeur Jeandidier.

Est ainsi désignée "une carte plastifiée remise par un organisme émetteur à un client, l'adhérent, pour lui permettre d'effectuer selon des modalités techniques et juridiques propres à chaque type de carte, le paiement de ses fournisseurs ou des retraits de fonds de son compte" (9).

S'agissant de la carte bleue, que l'on prendra en exemple, on peut observer qu'elle est composée d'une part d'un support plastifié et d'autre part, de pistes magnétiques (généralement trois), éventuellement d'un microprocesseur, dont on ne tiendra pas compte pour l'instant (10).

- Le support plastifié comporte des caractères embossés (nom du porteur, numéro de la carte, etc.) qui permettent sa simple utilisation manuelle indépendamment de pistes magnétiques, en tant qu'instrument de paiement chez des commerçants disposant d'un appareil manuel prévu à cet effet, la "facturette" (plus communément appelé "fer à repasser").

- Les pistes magnétiques, quant à elles, mémorisent d'une part, les chiffres inscrits sur le support plastique, d'autre part, un algorithme permettant de vérifier l'exactitude du Code confidentiel (P.I.N.), les droits de retraits hebdomadaires, et le montant des retraits déjà effectués, durant la semaine, ce qui permet de connaître le solde de ces droits à chaque utilisation dans un D.A.B./G.A.B..

9. - A ces cartes sont dévolues trois fonctions principales :

- une fonction de retrait,
- une fonction de paiement,
- une fonction dite "accréditive de chèques".

(9) W. Jeandidier, "Les trucages et usages frauduleux de cartes magnétiques", J.C.P. 1986, éd. G, 3229, n° 4, précité.

(10) Sur tous ces points cf. W. Jeandidier précité ainsi que A.M. Foy, "La monnaie électronique" in "Les nouveaux moyens de paiement", 17^e congrès des huissiers de justice précité, p. 79 et s.. Pour une présentation plus générale et plus complète cf. A.R. Bertrand et Ph. Le Clech, "La pratique du droit des cartes de paiement, de crédit et de la télémonétique bancaire", édition La revue banque et édition des Parques, 1988.

Cette dernière ne sera cependant pas examinée en raison du peu d'intérêt qu'elle présente, du point de vue qui nous préoccupe.

La fonction de retrait d'espèce s'effectue auprès des distributeurs ou guichets automatisés de billets (D.A.B./G.A.B.) qui peuvent être "on line" ou "off line". Le système est "on line" quand il permet la vérification du solde du compte, à la différence des systèmes "off line" qui procèdent uniquement à la vérification, de la validité du code, de la carte, et au non dépassement des droits de retraits hebdomadaires.

La fonction de paiement vise le fait de régler directement au moyen de la carte, le montant de la facture ou d'achats effectués chez des commerçants ayant accepté ce mode de règlement et passé un accord en ce sens avec l'organisme émetteur. On distingue à cet égard, trois possibilités, les deux premières excluant l'emploi du code secret (P.I.N.) (11) et la dernière l'incluant.

Le paiement peut être effectué sans l'aide du P.I.N. par la simple impression manuelle ou électronique des caractères embossés sur la carte. Un ticket sera alors délivré et signé par le porteur qui gardera l'original, un double étant conservé par le commerçant.

Le paiement peut aussi être authentifié en composant le code secret, à condition que le commerçant possède un terminal prévu à cet effet (T.P.E./T.P.V.) (12).

10. - Partant de là, on ne peut que comprendre l'intérêt qu'il peut y avoir pour un fraudeur averti, à contrefaire ou à falsifier les caractères embossés ou les pistes magnétiques des cartes de crédit.

Il est possible de produire en série et à grande échelle de "vraies fausses cartes" ou de "fausses vraies cartes", procédé d'autant plus redoutable, qu'il est difficile à détecter et facile à réaliser (13).

11. - On peut citer en ce sens l'exemple de la trop fameuse fraude pascalaise ainsi appelée en raison du fait qu'elle s'était déroulée durant le week-end pascal de l'année 1987 (14).

Le fraudeur avait ainsi réussi à se faire délivrer une vraie carte, sous une fausse identité.

(11) Personal Identification Number.

(12) Terminal de Paiement Electronique ou Terminal Point de Vente. "Il s'agit d'un terminal situé à un point de vente qui est destiné à saisir et dans certains cas également à transmettre des informations en matière de paiement par des moyens électroniques" (cf. "Les transferts électroniques de fonds ...", O.C.D.E. 1989, précité, p. 35 et s.).

(13) Cf. Le Monde 29 déc. 1988, "En Seine-Saint-Denis, huit personnes interpellées dans une affaire de vraies fausses cartes bleues", ainsi que Le Monde 15 déc. 1987, "Le démantèlement d'un réseau européen de fausses cartes bancaires ...", précité.

(14) Cf. notamment R. Muller, "Fraudes massives aux G.A.B./D.A.B. dans la région parisienne", in D.I.S.E.P. vol. 1, n° 8, avril 1986, et vol. 1, n° 9, mai 1986. Cf. également J.-P. Maire, "Il copiait les cartes de crédit pour vider les billetteries", in Le Parisien, 3 septembre 1987. adde Le Figaro, 3 septembre 1987 et B. Delafaye, "Les cartes de paiement : fraudes d'aujourd'hui ...", in "Les nouveaux moyens de paiement" précité, p. 190-191.

Après avoir endormi la confiance de la banque en approvisionnant régulièrement son compte, il avait reproduit par centaines les supports plastiques préalablement embossés auxquels il avait collé des pistes magnétiques. Il lui suffisait pour cela de disposer d'un lecteur de cassette enregistrant l'algorithme inscrit sur la vraie carte et le restituant sur d'autres bandes magnétiques qu'il avait par la suite collées sur les supports plastifiés préalablement embossés (il est facile de trouver dans le commerce, des rectangles plastique de la taille d'une carte de crédit, il est plus difficile en revanche, de se procurer le matériel nécessaire pour les embosser).

Muni de ces fausses vraies cartes, il lui a été aisé, connaissant par hypothèse, le code confidentiel auquel correspond l'algorithme de déchiffrement qu'il avait inscrit sur les pistes magnétiques, de prélever durant le week-end pascal autant de fois qu'il disposait de cartes, la totalité de ses droits de retraits hebdomadaires. Il fallait bien entendu s'adresser à des distributeurs "off line" qui ne permettaient pas la vérification du solde du compte.

12. - On retiendra cet exemple à titre anecdotique, mais l'imagination des fraudeurs dérobant une carte et désirant par ruse se procurer le code confidentiel afin de procéder à la multiplication de la carte, semble particulièrement fertile en l'espèce (15).

Du reste, les faiblesses de la technologie ont été vite comprises par les fraudeurs organisés en de véritables réseaux n'hésitant pas même à produire des cartes totalement fausses.

Ces vraies fausses cartes, sont alors essentiellement destinées à effectuer des paiements chez des commerçants qui ne disposent bien souvent que d'un registre leur permettant seulement de vérifier que la carte n'a pas été perdue ou volée, ce qui en l'espèce on en conviendra, est de peu d'utilité.

13. - Quarante trois pour cent des fraudes à la carte, seraient ainsi commises par contrefaçon de ces dernières.

De telles fraudes se traduisent par un coût pour les établissements financiers de 174,59 millions de francs pour la seule année 1988, soit une augmentation de 1,6 % par rapport à l'année 1987, ce qui permettrait ainsi de dire que la France détiendrait le triste record mondial des utilisations frauduleuses de cartes bancaires (16).

(15) Le même procédé peut être appliqué à partie de cartes volées en téléphonant par la suite à la victime et en se faisant passer pour la police procédant à une vérification et demandant la communication du code. On peut encore demander aux porteurs de cartes de les renvoyer pour vérification avec production de code en se faisant passer pour un organisme interbancaire fictif. D'autres encore, n'ont pas hésité à installer de faux distributeurs de billets, ces derniers ayant la particularité d'avaler les cartes tout en enregistrant le code confidentiel que le porteur abusé composait innocemment.

(16) Exposé des motifs de la proposition de loi "tendant à la répression de la fraude monétique" précité.

Il serait cependant erroné de prétendre que les contrefaçons de cartes bancaires échappent totalement au champ d'incrimination des articles 145 et suivants du Code pénal.

b) Aspect juridique

14. - Le principal obstacle à l'application des articles 145 et suivants du Code pénal aux contrefaçons de cartes bancaires réside dans l'absence d'écrit.

Cela semble logique, pour que l'on puisse parler de faux en "écriture", encore faut-il qu'il existe une "écriture".

15. - L'écrit est ainsi défini par la jurisprudence de la Cour de Cassation, 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 (17).

Pour que la falsification ou la contrefaçon d'un tel écrit soit incriminable, il faut en outre, que l'écrit ait une valeur probatoire, que l'altération de vérité en affecte les dispositions substantielles et qu'il en découle un préjudice matériel ou morale, individuel ou collectif, actuel ou éventuel (18).

16. - On oppose ainsi traditionnellement, le faux matériel, au faux intellectuel.

Le faux matériel qui consiste à falsifier physiquement une écriture en contrefaisant un titre ou en l'altérant par voie d'addition de suppression ou de modification est ainsi caractérisé par son *défaut d'authenticité*.

Le faux intellectuel au contraire, se caractérise par le fait que l'altération de la vérité porte sur le contenu, la substance, les circonstances de l'acte. C'est la raison pour laquelle on dit aussi que le faux intellectuel se définit par son *défaut de véracité*.

17. - Si l'on en revient à la carte bancaire, on s'aperçoit que seul le support plastifié sur lequel sont embossés des caractères visibles et permanents répond à la définition de l'écrit précité.

Les pistes magnétiques en revanche, ne possèdent pas les mêmes caractéristiques, de sorte que la fabrication ou la falsification de

(17) W. Jeandidier, "Faux en écriture", in *Juris-classeur pénal art. 145 à 62 fasc. 1* (1988) n° 14 et s. adde A. Vitu, *Droit pénal spécial*, t. 1, n° 1196 et E. Garçon, *Code pénal annoté 2° édition*, t. 1, par Rousselet, Patin et Ancel art. 145-147 n° 72. Contra R. Vouin, *Droit pénal spécial*, 6° éd. par M.L. Rassat, *Précis Dalloz* 1988, n° 355 p. 524. La notion d'écrit que l'on défend est pourtant implicitement consacrée par le législateur du 5 janvier 1988.

(18) W. Jeandidier précité, fasc. 1 n° 21 à 36, et fasc. 2 n° 3 à 22 et n° 31 à 44 adde A. Vitu, précité, n° 1201 à 1211 et 1214 à 1217.

fausses pistes magnétiques ne saurait constituer un faux en écriture (19).

Il en résulte que seule la falsification matérielle d'une carte, ou la fabrication d'une carte entièrement fautive, peut entrer dans le champ d'incrimination des articles 145 et suivants du Code pénal.

Il a ainsi été jugé que la duplication ou la falsification des supports plastiques des cartes bancaires, constituaient des faux en écriture privée de commerce ou de banque (20), tandis que la falsification ou la reproduction des pistes magnétiques ne pouvait tomber sous le coup des articles 145 à 162 du Code pénal, en raison de l'absence de signes visibles et permanents.

Rappelons que l'auteur d'un faux en écriture privé de commerce ou de banque, ainsi que celui qui en fait l'usage, encourt aux termes des articles 150 et 151 du Code pénal, un emprisonnement d'un an à cinq ans et une amende de 1 000 F à 120 000 F, ce qui n'est tout de même pas négligeable.

18. - C'est sans doute en voulant réprimer la falsification et la contrefaçon des seules pistes magnétiques que le législateur adopta un dispositif spécifique d'incrimination inséré dans le Code pénal, par les articles 462-5 et 462-6.

Ces deux textes devaient cependant très vite, révéler, à l'usage, de graves lacunes dans leur rédaction.

B - LES LIMITES DES INCRIMINATIONS INSTITUÉES DANS LES ARTICLES 462-5 ET 462-6 DU CODE PÉNAL

19. - Aux termes de l'article 462-5 du Code pénal "quiconque aura procédé à la falsification de documents informatisés, quelle que soit leur forme, de nature à causer un préjudice à autrui, sera puni d'un emprisonnement d'1 an à 5 ans et d'une amende de 20 000 à 2 000 000 F".

L'article 462-6 du même Code, dispose quant à lui que, "quiconque aura sciemment fait usage des documents informatisés, visés à l'article 462-5 sera puni d'un emprisonnement d'1 an à 5 ans et d'une amende de 20 000 F à 2 000 000 F ou de l'une de ces deux peines".

Il n'est pas question ici, de reprendre dans le détail l'analyse des éléments constitutifs de chacune de ces dispositions législatives mais de mettre en exergue les maladresses d'ordre rédactionnel, qui dévoilent en outre, le manque de rigueur dans la démarche qu'a suivie le législateur en adoptant ces deux textes (21).

(19) En ce sens, W. Jeandidier précité fasc. n° 1, n° 18 et 19, adde du même auteur "Les trucages et usages frauduleux de cartes magnétiques", précité, J.C.P. 86, éd. G, I, 3229, n° 10.

(20) Pour une application de cette idée, cf. notamment T.G.I. Paris 29° Ch. correc. 8 déc. 1987, in D.I.S.E.P., vol. III, n° 28, février 1988.

(21) Sur l'analyse des éléments constitutifs de ces articles, cf. notamment, G. Champy, "La fraude informatique", thèse Aix, 1990, p. 589 et s..

a) Les lacunes d'ordre rédactionnel

20. - On laissera ici, définitivement de côté, l'analyse des éléments constitutifs de l'article 462-6 en raison de ce que d'une part il semble ne trouver application qu'à partir du moment où le délit de l'article 462-5 est constitué et que d'autre part, il ne recèle pas de difficulté d'interprétation particulière.

L'essentiel des problèmes se trouve en effet, dans les concepts employés par l'article 462-5. L'incrimination de la falsification de documents informatisés révèle de sérieuses lacunes dans la perception des diverses modalités de commission d'un faux et de graves incertitudes quant à l'objet de l'acte.

1) *La notion de falsification*

21. - On ne peut falsifier que quelque chose qui existe auparavant.

Il en découle notamment que la notion de falsification est exclusive de celle de fabrication (22).

En d'autres termes, la falsification n'est qu'une des modalités de commission d'un faux. La falsification incriminée par l'article 462-5 suppose l'existence préalable d'un document informatisé, originellement régulier.

Il en découle notamment le fait selon lequel la falsification ne peut être commise que dans le cadre d'un *faux matériel* puisque ce dernier peut être réalisé postérieurement à la confection de l'acte (en l'espèce, le document informatisé).

Le faux intellectuel qui est en revanche nécessairement contemporain de la confection de l'acte, ne peut consister qu'en une fabrication.

Il se trouve donc exclu à ce titre, du champ d'incrimination de l'article 462-5.

22. - Si l'on admet donc, que la notion de documents informatisés vise les pistes magnétiques des cartes bancaires, il faut admettre que la copie de ces dernières, n'est pas couverte par l'incrimination instituée par l'article 462-5 (23).

(22) Cf. en ce sens l'analyse de M. le Professeur Gassin, "La protection pénale d'une nouvelle universalité de fait en droit français, les systèmes de traitement automatisé de données", in A.L.D. 1989, comm. leg. 3° cahier, n° 235 et s.; Du même auteur, v° Informatique (fraude informatique), n° 251 et s. in Encyclopédie Dalloz de droit pénal. adde M.P. Lucas de Leyssac, *Fraude informatique : Introduction des systèmes de traitement automatisé de données, répression de la falsification de documents informatisés et mesures de prévention*, in *Revue Droit de l'Informatique et des Télécom.* n° 88/2, p. 24. Roulet, *Fraude informatique : les nouvelles infractions*, in *Les Petites Affiches* 13 juillet 1988, n° 84, p. 28.

(23) Sur la notion de document informatisé pris dans cette acception cf. G. Champy, "La fraude informatique", thèse précitée, p. 589 et s..

Seule, la falsification, c'est-à-dire la suppression ou la modification des caractères enregistrés sur les pistes magnétiques se trouve donc incriminée.

La copie de la piste magnétique d'une carte existante, ou l'enregistrement d'informations fausses sur la piste magnétique d'une carte bancaire vierge, ne tombe en revanche, sous le coup d'aucun texte répressifs.

23. - Ces lacunes dans la répression de la contrefaçon des pistes magnétiques des cartes bancaires n'ont été jusqu'à présent qu'imparfaitement perçues par les professionnels de la banque. Elles ne sont pas les seules.

Il y a lieu également, de s'interroger sur la notion même de document informatisé qui laisse planer de grandes incertitudes en pratique.

2) La notion de document informatisé

Elle doit être précisée quant à son contenu et quant à sa portée juridique.

24. - * Un document est traditionnellement caractérisé en droit français, par son support matériel et son contenu intellectuel (l'instrumentum et le négocium) (24).

Il n'est pas question de reprendre ici les différentes controverses suscitées par l'emploi de l'acception de document informatisé qui paraît d'ailleurs avoir été imparfaitement comprise en jurisprudence (25).

25. - Il semblerait cependant que l'on puisse déduire des débats parlementaires ainsi que de la définition jurisprudentielle de l'écriture, que le concept de document informatisé, à été employé afin de pallier aux limites de la notion d'écrit ci-dessus évoquée (26).

On peut dire ainsi que le document informatisé évince le concept d'écrit, il n'est donc pas constitué de signes visibles permanents, etc., qu'il se définit principalement par rapport à son objet, qui est d'être produit et utilisé par un système informatique (en l'espèce, le système de traitement automatisé de données, concept qui

(24) Sur ce point, cf. R. Gassin, A.L.D. 1989, n° 222 et s., adde du même auteur, Encyclopédie Dalloz de droit pénal, v° Informatique (fraude informatique), n° 232, et s..

(25) Sur le résumé et la critique de ces controverses, cf. R. Gassin, précité in Encyclopédie Dalloz, n° 234 et s. et du même auteur comm. précité in A.L.D. 1989, n° 227 et s.. Pour une conception différente, cf. G. Champy, "La Fraude informatique", thèse précitée, p. 589 et s.. Sur l'interprétation discutable de la notion de "document informatisé" par la jurisprudence, cf. T.G.I. Paris, 11 octobre 1988, Lamy, Droit de l'informatique B (Cahier), avril 1989, note critique R. Gassin.

(26) Cf. sur ce point G. Champy, thèse précitée, p. 568 à 584.

est abondamment employé par la loi du 5 janvier 1988 (en abrégiation, S.T.A.D.).

26. - On doit donc en déduire qu'un document informatisé désigne tout support matériel, indépendant ou détachable du S.T.A.D., ayant pour objet de mémoriser les données destinées à être utilisées dans et issu d'un S.T.A.D. (27).

Les pistes magnétiques des cartes bancaires sont donc susceptibles d'être qualifiées de documents informatisés.

Il reste cependant à se demander si la condition relative à l'exigence de la valeur probante du document, que régit le droit commun du faux en écriture, a été supprimée en l'espèce, ou non.

27. - * L'une des idées qui préside à l'incrimination du faux en écriture en droit français, réside dans la place privilégiée qu'occupe l'écrit dans notre civilisation (28).

(27) idem.

(28) Sur ce point, cf. H. Donnedieu de Vabres, "Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire", éd. Sirey, 1943 p. 32, "L'objet de la protection pénale est l'intérêt collectif à l'authenticité et à la sincérité des formes. Mais quelles formes ? Les actes dont il s'agit ne sont pas des écrits quelconques. Il s'agit de ceux seulement dont la loi a consacré la valeur et auxquels elle a attaché une efficacité juridique. Ainsi, la loi, à laquelle le crime de faux porte atteinte, n'est pas un sentiment de confiance qui naîtrait spontanément parmi les individus qui composent la société. On a pu dire qu'il s'agit d'une confiance imposée, d'une confiance rendue obligatoire par l'autorité sociale ...".

La jurisprudence la plus récente semble cependant faire une distinction entre le faux matériel et le faux intellectuel. La valeur probante de l'écrit, ne devrait exigée que pour ce dernier (sur ce point cf. W. Jeandidier, faux en écriture, art. 145 à 162, Juris-classeur fasc. 1 n° 78. En réalité, une telle jurisprudence doit être relativisée (Jeandidier, précité, n° 28, 2° cal. in fine). Certains auteurs ne semblent d'ailleurs pas en faire mention (cf. A. Vitu, Droit pénal spécial, Cujas 1982, n° 1202 et s.. D'autres auteurs expliquent cette jurisprudence par le fait que "la valeur du document en tant que titre, est admise plus facilement dans le cas du faux matériel que dans celui du faux intellectuel" (J. et A.M. Larguier, Droit pénal spécial, Memento Dalloz 6° édition 1989, p. 157). l'article 147 alinéa 4 du code pénal à propos des modes de commission de l'infraction de "faux matériel" vise le faux commis "par addition ou altération des clauses de déclaration ou de faits que ces actes avaient pour objet de recevoir et de constater". En tout état de cause, il s'agirait de distinguer entre les documents destinés à la preuve (document d'origine) et ceux aptes à la preuve (documents de hasard) selon la doctrine allemande. La destination à la preuve ne préjuge pas de son aptitude. Selon E. Garçon, "si l'altération se produit dans un instrumentum par falsification ou addition de clauses, il faut que ces clauses soient de celles que l'acte a pour but de constater ; le préjudice disparaît nécessairement si elle ne peut produire aucun effet légal et ne peut léser aucun intérêt" (E. Garçon, Code pénal annoté précité, art. 145 - 147 n° 194). Cf. également à propos des "documents informatisés", J. Huet et H. Maisl, Droit de l'informatique et des télécommunications", Litec 1989, n° 716, p. 852 et 853. Ces auteurs admettent ainsi que le document informatique falsifié doit être de ceux qui ont force de preuve. Adde J. Pradel, "Infractions relatives à l'informatique", précité, RIDC 2-1990, p. 827.

Elle se traduit en fait sinon en droit, par la consécration de la reconnaissance d'un quasi monopole de l'écrit en tant que mode de preuve propre à établir la réalité d'un fait (29).

C'est cette confiance accordée à l'écrit qui justifie que l'on sanctionne lourdement ceux qui en dénature la véracité ou l'authenticité (30).

Il en découle notamment l'idée que la falsification ou la contrefaçon d'un écrit, ne sera incriminée que dans la mesure où ce dernier a une certaine valeur probante.

28. - Peut-on dire que cette dernière condition a été supprimée au sein des éléments constitutifs de l'article 462-5 du Code pénal qui semble constituer une transposition du raisonnement ayant conduit à l'incrimination du faux en écriture ?

Cela semble illusoire si l'on comprend la justification d'une telle exigence au sein des éléments constitutifs des infractions de faux et usage de faux. Cela est d'autant plus illusoire quand on sait que le simple mensonge n'est pas répréhensible en droit français (31).

(29) Sur ce point cf. les difficultés que soulève l'informatique au regard du droit de la preuve. On citera la thèse déjà classique de F. Chamoux ("La preuve dans les affaires : de l'écrit au microfilm", éd. Litec, 1979), les travaux de l'association française de droit de l'informatique sous la direction de X. Livant de Bellefonds ("Informatique et droit de la preuve", éd. des Parques 1987), plus récemment l'étude effectuée pour l'observatoire juridique des technologies de l'information ("Nouvelles technologies de l'information et droit de la preuve : une société sans papier ?", sous la direction de F. Gallouédec-Genuys, éd. La documentation Française, 1990). IL est vrai que la preuve des actes juridiques portant sur un montant inférieur à 5 000 F peut être faite par tout moyen et qu'en matière de fait juridique, la preuve est libre (art. 1341 et s. du Code civil). Cependant, quels que soient les tempéraments qui sont apportés à cette règle en droit commercial (art. 109 et 8 à 11 du Code de commerce) et en droit civil (art. 1347 et 1348 du Code civil), il faut retenir que d'une part la distinction entre acte et fait juridique tend à s'estomper en informatique (sur ce point cf. X. Livant de Bellefonds, "Rapport introductif" in *Informatique et droit de la preuve*, précité p. 17 in fine), et que d'autre part, même dans les hypothèses où la preuve peut se faire par tout moyen, le document écrit aura toujours une valeur supérieure (il y a lieu à cet égard de distinguer la recevabilité de la preuve, de l'aptitude à la preuve).

(30) Sur ce point cf. J. Larrieu, "Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques à 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*, p. 8 à 19 et I, p. 26 à 34.

(31) En droit civil, le "bon dol" est toléré. Ainsi, un commerçant affirmant qu'il vend la meilleure huile du monde ne pourra voir son contrat faire l'objet d'une annulation pour ce seul motif (J. Larguier, "Droit pénal des affaires", 7^e éd. 1986, Armand Colin, p. 86. adde. B. Starck, "Les obligations", Litec, 1989, t. 2, n^o 438 et s.). En droit pénal, seuls certains types de mensonges sont spécialement incriminés. En matière d'escroquerie, par exemple, il est tout d'abord de principe que le silence ou la simple abstention ne sont pas répréhensibles (A. Chavanne et J. Montreuil, in *Juris-classeur pénal*, art. 405, fasc. 2 n^o 3 à 8) et que le mensonge ne suffit pas pour constituer les manœuvres frauduleuses (A. Chavanne et J. Montreuil, in *Juris-classeur pénal*, art. 405 fasc. n^o 3 n^o 11 et s.). Il apparaît ainsi

En tout état de cause, sans entrer dans la controverse relative au régime de la preuve, force est de reconnaître que l'on aurait quelques difficultés à admettre une quelconque valeur probante aux pistes magnétiques des cartes bancaires, dont le caractère effaçable constitue la raison d'être (32).

en matière d'escroquerie, que seul l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité peuvent être considérés comme des mensonges encore faut-il pour qu'ils soient répréhensibles, qu'ils aient été la cause déterminante de la remise (A. Chavanne et J. Montreuil, *Juris-classeur pénal*, précité, fasc. 2 n° 9 et s.). Il en est de même en matière de faux en écriture ou l'altération de la vérité qui le constitue doit être commise dans un document écrit ayant une certaine valeur et porter sur des dispositions substantielles de l'écrit (W. Jeandidier précité, in *Juris-classeur pénal* art. 145 à 162, fasc. 1 n° 13 et s.). Une étude très riche a d'ailleurs tenté de tracer les frontières de la notion de mensonge en droit pénal en dégagant les fondements et le domaine ainsi que les modalités et la nature de l'incrimination du mensonge en droit pénal (Y. Mayaud, "Le mensonge en droit pénal", préface du Doyen Decoq, éd. L'hermes 1979). En tout état de cause, malgré l'idée générale dégagée par cette étude, il ressort du principe de légalité des délits et des peines que le mensonge en tant que tel n'est pas incriminé, mais ne peut être l'objet que d'incriminations spéciales (Y. Mayaud précité n° 642, p. 399).

(32) Il est vrai qu'en matière de droit de la preuve, les règles ne sont pas d'ordre public et qu'il est possible d'y déroger par convention (sur ce point cf. Cl. Lucas de Leyssac, "Les conventions sur la preuve en matière informatique" in "Informatique et droit de la preuve", précité, p. 143 et s.). Tel est d'ailleurs le sens de l'article 5-2 de la "Convention carte bleue" aux termes duquel "Les enregistrements des appareils automatiques ou leur reproduction sur un support informatique constituent pour l'établissement émetteur, la preuve des opérations effectuées au moyen de la carte et la justification de leur imputation au compte sur lequel cette carte fonctionne". De telles conventions ont en outre, été récemment admises par la jurisprudence (Sté Crédicas, 1° Ch. civile 8 novembre 1989, *Revue de droit de l'informatique et des télécommunications*, n° 90/2, p. 44, note M. Vasseur et p. 47 obs. F. Chamoux, adde obs. G. Virassamy J.C.P. 1990, II, n° 21576). Il y a lieu cependant de faire plusieurs remarques. En premier lieu, de telles conventions insérées dans des contrats d'adhésion pourraient être considérées comme abusives étant donné la disproportion qui existe entre les parties contractantes (cf. sur ce point M. Genes, *Le consommateur et les cartes de paiement : Aspect juridique. L'étude des contrats proposés par les émetteurs de cartes*, in 17° congrès des huissiers de justice, précité, p. 171 et s., plus spéc. p. 176). En second lieu, les auteurs qui pronent la licéité de ces conventions, lui reconnaissent des limites (M. le Professeur Lucas de Leyssac, dans son article précité distingue entre le simple aménagement d'une règle de preuve et l'aménagement d'une règle de fond, qui serait illicite ; art. précisé p. 151). Le fait, par exemple, d'accuser l'autre partie dans une impasse juridique en lui interdisant de faire la preuve contraire ne pourrait être admis. En troisième lieu, sauf disposition législative expresse, il serait contraire au principe de légalité de faire dépendre d'une règle contractuelle le contenu d'une qualification pénale (Conseil constitutionnel, décision n° 82-145 D.C. du 10 novembre 1982, J.O. du 11/11/1982, p. 3393 et L. Favoreu et L. Philip, "Les grandes décisions du conseil constitutionnel", Sirey, 1988, p. 520 et 521). En tout état de cause, un tel aménagement de la preuve en l'espèce s'avérerait délicat et serait contraire à la protection du consommateur (cf. en ce sens obs. Virassamy, J.C.P., II, n° 21576, précité, n° 20 et la note 36 où il précise que la commission des clauses abusives a adopté une recommandation prévoyant qu'est abusif le fait de déroger au droit de la preuve).

C'est parce que les pistes magnétiques des cartes bancaires sont effaçables, que leur emploi est si commode.

Si l'on admettait au contraire, que la condition relative à la valeur probante du document informatisé avait été supprimée, un grave déséquilibre avec le droit commun du faux risquerait d'apparaître.

Il suffirait ainsi, qu'une information soit enregistrée sur un support informatisé pour que toute falsification de cette dernière, soit immédiatement assorties de sanctions qui paraîtraient pour le moins excessives alors même qu'une action identique, commise dans un écrit, pourrait demeurer impunie si ce dernier n'a pas de force probante. Une grande insécurité juridique en résulterait, ce qui serait contraire au but répressif recherché par le législateur (33).

29. - En tout état de cause, la consécration d'une incrimination de faux informatique en l'absence d'une législation appropriée sur le droit de la preuve pose plus de problèmes qu'elle n'en résout. On touche là cependant, au principe même de la démarche adoptée par le législateur.

b) Les limites inhérentes à la démarche adoptée par le législateur

30. - On peut en effet critiquer la démarche suivie par le législateur qui en cédant à la pression de l'actualité, a davantage donné une réponse immédiate, qu'une réponse réfléchie, au problème posé par la contrefaçon de cartes bancaires (34).

On peut dire ainsi que le législateur a plaqué la justification des incriminations de faux en écriture, croyant pouvoir reprendre le même raisonnement à propos du faux informatique.

31. - Le stockage et la transmission d'information, fonctions traditionnellement dévolus à l'écrit dans notre civilisation, se trouvent dissociés en informatique. Elles se trouvent cependant réunies dans la notion de système bien qu'attribuées à des éléments distincts.

Le tort du législateur a été de penser qu'un seul de ces éléments remplissait la totalité de ces fonctions. Ces différents éléments sont étroitement interdépendants les uns des autres, puisque formant un système.

Ne prendre en considération que l'un de ces éléments méconnaît leur unité profonde, cette dernière étant inhérente à la notion même de système (35).

(33) Sur ce point cf. G. Champy, "La fraude informatique", thèse précitée, p. 660 et s.. La thèse admettant la suppression de l'exigence de la valeur probante des documents informatisés a été soutenue notamment par F. Chamoux, ("La loi sur la fraude informatique, de nouvelles incrimination", J.C.P. 88, éd. G, n° 3321) et J. P. Cochet (Commentaire du jugement du T.G.I. de Paris du 11 octobre 1988, in "expertise " 88, n° 113, p. 32 à 38).

(34) G. Champy, "La fraude informatique", thèse précitée, p. 675 et s..

(35) Sur la théorie des systèmes et son application en informatique, cf. R. Gassin, in Encyclopédie Dalloz de droit pénal, v° informatique, (fraude), n° 72 et s.. Du

Tout raisonnement tendant à transposer les incrimination de faux en écriture au problème posé par la contrefaçon des pistes magnétiques des cartes bancaires serait donc d'avance voué à l'échec. Il en est ainsi plus particulièrement de l'idée consistant à assimiler les cartes bancaires à de la monnaie laquelle comme chacun sait n'est qu'une forme particulière de document écrit ... (36).

32. - Les cartes bancaires constituent ainsi en quelque sorte des mémoires, dont la seule caractéristique est d'être détachable du système.

La lecture, de même que l'écriture des pistes magnétiques fixées sur les cartes bancaires supposent en amont comme en aval, l'intervention d'un système informatique de sorte que le problème se trouve transposé de la protection de la carte à la protection du système qui en permet la lecture et la production.

Le problème se trouve dès lors déplacé de la fraude monétique à la fraude informatique (37).

même auteur, "Système et droit", in R.R.J. 1981-3, p. 353 à 365. adde "Encyclopædiæ Universalis", vol. 15, v° "Système", p. 686 et s.. "Un système est un objet complexe formé de composants distincts reliés entre eux par un certain nombre de relations. L'idée essentielle est que le système possède un degré de complexité plus grand que ses parties autrement dit, qu'il possède des propriétés irréductibles à celles de ses composants. Cette irréductibilité doit être attribuée à la présence des relations qui unissent les composants. On pourra donc parler à ce propos, de relations *définissantes* ...".

(36) La notion de "monnaie électronique" constitue un abus de langage moderniste "La marque de la monnaie, la vraie, c'est à titre principal la possibilité de réutilisation immédiate dont est doté l'instrument qui y correspond". Il ne faut pas confondre par ailleurs, la notion de monnaie qui constitue un pouvoir d'achat indifférencié et la notion de paiement qui correspond à un règlement effectué en unités qui peuvent ne pas être monétaire, mais seulement liées à une application ou un service déterminé (cf. M. Vasseur, Le paiement électronique, aspects juridiques", J.C.P. 85, I, 3206, n° 6 et A.R. Bertrand et Ph. Le Clech, "Le droit des cartes de paiement et de crédit des systèmes électroniques de paiement et de télématique bancaire", éd. La revue Banque, éd. des Parques, 1988, p. 221 et s. n° 3-4. L'on peut ainsi dire que si ce paiement peut se faire par voie électronique, la monnaie elle, reste liée à son support papier, ou métallique. Ce que l'on appelle donc la "monnaie électronique" ne désigne en fait qu'une forme particulière de "monnaie scripturale" laquelle, comme chacun sait, ne peut, d'un point de vue juridique, constituer un instrument monétaire au sens régalién du terme (adde A. Frydlender, "La fraude informatique, étude phénoménologique et typologie appliquée du contexte français", thèse Paris Dauphine, 1985, p. 34 et 35).

(37) Sur la notion de fraude informatique définie comme consistant dans l'accès, et/ou l'usage frauduleux d'un système de traitement d'information, cf. G. Champy, "Essai de définition de la fraude informatique", R.R.J. 1988-3, p. 791 et s., du même auteur, "La fraude informatique", thèse précitée, Aix, 1990.

II. - LES PERSPECTIVES D'INCRIMINATION DE LA FRAUDE INFORMATIQUE : L'ABUS DU SYSTÈME

33. - On peut prendre conscience du manque de recul qui a caractérisé le législateur dans la rédaction des articles 462-5 et 462-6 Code pénal, à la lecture de l'article 462-4.

Ce dernier incrimine notamment les modifications et suppressions des données contenues dans le système.

Ces agissements constituent ainsi en quelque sorte le symétrique de l'incrimination de falsification institué par l'article 462-5.

La rédaction des articles 462-4 et 462-5 aboutit ainsi schématiquement, à distinguer selon que la falsification a pour objet les données contenues dans le système ou les données contenues dans des mémoires détachables du système (38).

34. - Le problème posé par les fraudes à la carte de crédit, constitue ainsi que l'on va voir, une excellente illustration de cette discrimination qui nuit à l'intérêt de la répression.

On s'efforcera ainsi de démontrer que les articles 462-2 à 462-4 combinés aux articles 462-7 et 462-8 ainsi qu'avec l'ensemble du dispositif du droit pénal traditionnel, apportent une réponse adaptée au problème posé par la contrefaçon de cartes bancaires et permettent d'appréhender l'ensemble des fraudes à la carte.

On distinguera ainsi la qualification de la répression des fraudes à la carte de crédit.

A) LA QUALIFICATION DES FRAUDES A LA CARTE BANCAIRE

On rappellera au préalable, l'état du droit pénal à la veille de l'adoption de la loi Godfrain.

a) Le droit pénal antérieur

36. - Le fait d'utiliser la carte d'autrui en procédant à des retraits d'espèces ou de régler de la même façon un commerçant constitue une escroquerie susceptible d'être ainsi qualifiée par l'article 405 Code pénal (39).

L'usage d'une carte périmée non restituée peut être qualifié d'abus de confiance, l'utilisation d'une fausse carte constitue en outre une escroquerie (40).

(38) G. Champy, thèse précitée, p. 632 à 677. La distinction ainsi établie par le législateur, semble inutile et dangereuse.

(39) Exemple : Bordeaux 25 mars 1987, D. 87, jurisprudence p. 424 note Pradel ; D.I.S.E.P. vol. III, n° 24 octobre 1987, p. 5, obs. Ph. Le Clech, adde W. Jeandidier, "Les trucages et usages frauduleux", précité.

(40) Le seul obstacle à la qualification d'escroquerie, résidait dans la question de savoir si l'on pouvait tromper une machine. Cette question est résolue depuis longtemps ; derrière la machine, il y a l'homme, comme en témoigne la jurisprudence sur les fraudes aux paramètres (crim. 10 déc. 1970, B. Crim., n° 334,

La seule lacune qui subsistait dans la répression résidait dans le retrait de fond au-delà du solde positif du compte opéré par le titulaire de ce dernier en utilisant la procédure normale à l'aide de sa carte magnétique (41).

A cet égard, les délits institués par les articles 462-2 et 462-4 du Code pénal, viennent utilement compléter le dispositif pénal antérieur.

b) Le champ d'incrimination des articles 462-2 et 462-4 en matière de fraude à la carte bancaire

37. - L'article 462-2 alinéa 1 du Code pénal incrimine notamment : "quiconque frauduleusement aura accédé ... dans tout ou partie d'un S.T.A.D."

L'article 462-4 quant à lui, vise notamment le fait pour quiconque d'avoir "intentionnellement et au mépris des droits d'autrui, introduit des données dans un S.T.A.D. ou supprimé ou modifié les données qu'il contient ...".

Il convient d'apporter quelques précisions relativement au champ d'incrimination de ces délits, afin de percevoir leur portée en matière de fraude à la carte de crédit.

1) Le champ d'incrimination

38. - On distinguera l'objet de la protection des modalités d'incrimination des agissements qui y portent atteinte.

*** La notion de S.T.A.D.**

39. - On se contentera ici de préciser qu'un S.T.A.D. peut être défini par énumération de ses composants, ou par abstraction. Si la définition proposée par le Sénat à l'occasion des débats qui ont précédé l'adoption du texte de la loi Godfrain procédait de la première catégorie de définition ("... tout ensemble composé d'une ou plusieurs unités de traitement de mémoires de logiciels de données d'organes

p. 16 et crim. 21 mai 1978, B. crim. n° 270, p. 433). Sur l'application de la qualification d'escroquerie à l'utilisation d'une carte contrefaite ou falsifiée, T.G.I. Paris 11° Ch. correc. 27 janvier 1987, obs. Ph. Le Clech, in D.I.S.E.P. vol. III, 29 sept. 1987, p. 7 à 11. Cour d'appel de Paris, 3 juin 1987 obs. Ph. Le Clech in D.I.S.E.P., vol. III, n° 30 avril 1988, p. 7 ("Emploi des manœuvres frauduleuses destinées à persuader de l'existence d'un crédit imaginaire". Sur l'application d'escroquerie, par usage de fausse qualité et l'emploi de manœuvres frauduleuses dans l'hypothèse d'une carte volée, (Paris 10 juin 1987, 9° Ch. correc. D.I.S.E.P., vol. III, n° 31 mai 1988, p. 3), par usage d'un faux nom dans l'hypothèse d'un retrait d'espèces commis par un tiers à l'insu du porteur après avoir obtenu par ruse le code confidentiel (Bordeaux 25 mars 1987, comm. Ph. Le Clech, in D.I.S.E.P., vol. III, n° 24 octobre 1987, p. 5 et 6, et note Pradel, précitée, in recueil Dalloz, 1987, p. 424.

(41) Lafont, crim. 24 novembre 1983, D. 84, p. 465, note C. Lucas de Leyssac ; D. 85, I.R., p. 46, obs. J. Huet ; J.C.P. 85, II, n° 20450, note H. Croze ; R.S.C. 1985, p. 101, obs. M. Massé ; Bull. crim. n° 315, p. 810.

d'entrées sorties de liaisons ...") on ne doit pas perdre de vue le fait qu'un S.T.A.D. peut être également défini par son objet, qui est de traiter et de transmettre l'information (42).

On doit surtout retenir que la notion de système renvoie à une acception reconnue en science sociale et consacrée par ce que l'on a appelé la "théorie des systèmes" (43).

On peut dire ainsi schématiquement, qu'un système est constitué de divers éléments en interaction.

40. - Concrètement, du point de vue qui nous intéresse, les D.A.B./G.A.B., de même que les T.P.E./T.P.V. qui équipent les commerçants ou les microprocesseurs incorporés dans certaines cartes bancaires, peuvent être considérés comme de véritables S.T.A.D..

Partant de là, il convient de définir les modalités d'incrimination des agissements qui y portent atteinte.

* Les modalités d'incrimination

Il s'agit principalement de l'accès frauduleux de l'introduction de données et de la modification des données contenues dans un S.T.A.D..

41. - • L'accès frauduleux. Le fait d'être en mesure d'utiliser un S.T.A.D., après y avoir pénétré à l'aide d'une clef d'accès dont la détention est illégitime, peut être qualifié semble-t-il, par l'article 462-2 alinéa 1 du Code pénal (44).

42. - • L'introduction de données dans un S.T.A.D. ou la modification des données qui y sont contenues, commises intentionnellement et au mépris des droits d'autrui, n'appellent pas de commentaires particuliers (45).

(42) Sur cette idée, cf. G. Champy, thèse précitée, p. 121 à 145, ainsi que conclusion générale p. 798 et s.. Sur la nécessité des définitions en droit en général, cf. R.R.J. 1987-1, et 1987-2, Cahiers de méthodologie juridique.

(43) cf. note 31 ci-dessus.

(44) G. Champy, thèse précitée, p. 214 et s.. Cette idée s'apparente à la notion d'usage de fausse clef telle qu'elle est définie par l'article 398 du Code pénal.

(45) On pourrait cependant objecter qu'à l'image du faux, la valeur probante des données contenue dans le système devrait également être exigée. On ne peut en effet qu'être frappé par la similitude des agissements incriminés. L'introduction de données s'apparenterait à la fabrication d'un document entièrement faux et la modification ou la suppression de données constitueraient en quelque sorte une catégorie de faux matériel. Cependant, le problème est ici différent. Les données contenues dans le système sont davantage appréhendées en tant qu'objet de preuve, qu'en tant que moyens de preuve. Le seul problème qui se poserait serait celui de prouver que les données ont été modifiées ou introduites, et donc l'existence antérieure de données différentes ou d'une absence de données. Un tel problème relève en fait du seul droit pénal et est donc soumis à l'intime conviction du juge. En outre, la preuve de l'existence des données contenues dans le système résulte davantage de procédures d'identification et d'authentification et donc d'une façon générale de la fiabilité du système.

La seule difficulté réside en l'espèce, dans la détermination des droits d'autrui. Il semblerait que l'on puisse dire en l'espèce, qu'il s'agit des droits qu'autrui possède sur les données contenues dans le système.

Dans l'hypothèse d'un D.A.B./G.A.B., il s'agit bien entendu, des droits de la banque (46).

La portée de telles incriminations combinée au droit pénal antérieur, est redoutable en matière de répression des fraudes à la carte de crédit.

2) La portée des incriminations nouvelles

43. - On distinguera les fraudes commises à l'aide de carte à piste des fraudes commise à l'aide de carte à microprocesseur.

* Les fraudes commises à l'aide de carte à piste

44. - Le fait de contrefaire ou de falsifier les pistes magnétiques d'une carte, peut être considéré comme une tentative d'introduction de données dans un S.T.A.D. commise au mépris des droits de la banque (47).

En tout état de cause l'utilisation d'une carte contrefaite ou falsifiée dans un D.A.B./G.A.B., constituerait certainement une introduction de données dans un S.T.A.D., commise intentionnellement et au mépris des droits de la banque et pourrait venir se cumuler avec la qualification d'escroquerie déjà applicable en l'espèce (48).

45. - Le délit d'escroquerie pourrait également venir se cumuler au délit d'accès frauduleux dans l'hypothèse d'un retrait abusif d'espèces.

(46) G. Champy, thèse précitée, p. 557 et s.. Il est vrai comme le fait remarquer M. le Professeur J. Huet, que la formule "au mépris des droits d'autrui" est d'autant moins heureuse que l'existence de droit sur les informations, reste très débattue (J. Huet et H. Maisl, "Droit de l'informatique et des télécommunications", Litec 1989, n° 702, p. 840 et 713, p. 851). Cependant, sans qu'il soit nécessairement besoin d'admettre un véritable droit de propriété des données contenues dans le système, force est de d'admettre que la banque exerce certains droits sur ces dernières du simple fait qu'elle est en l'espèce le "maître du système".

(47) L'article 462-7 incrimine en effet la tentative des délits prévus par les articles 462-2 à 462-6. L'acte de falsification ou de fabrication de faux documents informatisés, constituerait certainement un commencement d'exécution de l'un des délits prévus par l'article 462-4 du Code pénal, c'est-à-dire une action qui y tend directement. Le caractère immédiat d'un tel acte parfois invoqué en jurisprudence, n'est pas toujours exigé lorsque la réalisation d'agissements purement matériels conduit à la consommation de l'infraction (sur ce point cf. notamment P. Pradel et A. Varinard, "Les grands arrêts du droit criminel", t. 1 2° éd. Sirey, 1988, p. 303 et s. ainsi que J. Devèze, "Le commencement d'exécution en jurisprudence", R.S.C. 1981, p. 777). Partant de là, il sera facile d'établir que le désistement éventuel de l'auteur n'a pas été volontaire. Dans l'hypothèse où l'infraction de l'article 462-4 serait commise par un tiers, la complicité pourrait également être retenue.

(48) G. Champy, thèse précitée, p. 560 et s..

La banque pourrait ainsi signaler à ses clients que l'utilisation du code confidentiel de la carte n'est plus légitime dans l'hypothèse où les retraits excèdent le montant de la provision disponible. Si le client indésirable persistait à vouloir retirer des espèces auprès des D.A.B./G.A.B., il se rendrait coupable d'un accès frauduleux par usage d'une fausse clef d'accès, ce caractère résultant de la fraude qui entacherait alors la détention ou l'utilisation du code confidentiel.

Un tel agissement serait en outre susceptible d'être qualifié de manœuvres frauduleuses, la remise d'espèces qui en découlerait, constituerait donc une escroquerie (49).

*** Les fraudes commises à l'aide de carte à microprocesseur**

46. - Le microprocesseur constituant comme on l'a vu, un véritable S.T.A.D., toute tentative d'effraction de ce dernier ou de modification de son contenu, pourrait être ainsi qualifiée par les articles 462-2 et 462-4 (50).

47. - Ces quelques exemples permettent ainsi de ramener le problème du prétendu vide juridique en matière de fraude à la carte bancaire, à de plus justes propositions.

Les qualifications pénales, comme on vient de le voir, ont en effet davantage tendance à se chevaucher qu'à s'écarter.

Le problème se situe en réalité au niveau des difficultés inhérentes à la détection des fraudes et à la répression de la criminalité organisée caractéristique des fraudes à la carte bancaire.

De telles objections ne sont cependant pas sans réponse.

B) LA RÉPRESSION DES FRAUDES A LA CARTE BANCAIRE

On distinguera l'objection tirée des limites découlant des principes généraux de la responsabilité pénale, qui appréhende difficilement le phénomène de la criminalité organisée de celle consistant à déplorer la faiblesse des pénalités encourues.

a) La responsabilité pénale et la criminalité organisée

Le régime juridique de la tentative et de la complicité en droit pénal général, ne permet pas de saisir dans son ensemble le phénomène

(49) Sur ce point, cf. R. Gassin, "Le droit pénal de l'informatique", D. 86, chron. p. 35 et s.. Lamy Droit de l'informatique, 1988, n° 2346. Sur le cumul réel de l'escroquerie et de l'accès frauduleux, cf. G. Champy, thèse précitée p. 304. L'abus de confiance pourrait également être envisagé (J. Huet et H. Maisl, "Droit de l'informatique et des télécommunications, n° 678 et s..

(50) Sur l'application de la qualification de S.T.A.D., au microprocesseur d'une carte bancaire cf. notamment G. Champy, thèse précitée, p. 650 et s..

caractéristique des temps modernes, de la criminalité d'affaire, organisée (51)

50. - C'est sans doute afin de remédier à de telles lacunes que les auteurs de la loi du 5 avril 1988, adoptèrent un dispositif spécifique (52).

L'article 462-8 du Code pénal, incrimine désormais le fait pour quiconque, d'avoir "... participé à une association formée ou à une entente établie, en vue de la préparation concrétisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou plusieurs infractions prévues par les articles 462-2 à 264-6..."

51. - Ce texte trouve en l'espèce une application particulière.

Le fait de contrefaire ou de falsifier les pistes magnétiques d'une carte bancaire peut être considéré comme une "préparation" du délit institué par l'article 462-2-4 du Code pénal (53).

Le simple fait d'avoir participé à une organisation procédant à la contrefaçon de carte bancaire, pourra donc être réprimé par les peines prévues par l'article 462-4.

On objectera alors que les pénalités encourues sont ridicules, au regard du profit escompté.

Une telle objection mérite d'être analysée de plus près.

b) Les pénalités encourues

52. - L'auteur du délit institué par l'article 462-4 du Code pénal encourt une peine d'emprisonnement de trois mois à trois ans et une peine d'amende de 2 000 F à 500 000 F ou bien l'une de ces deux peines.

L'escroc quant à lui encourt une peine d'emprisonnement d'un à cinq ans et une amende de 3 600 F à 2 500 000 F.

Il convient ici, de séparer le problème de l'emprisonnement de celui de l'amende.

53. - 1) L'emprisonnement encouru, s'il est réellement appliqué et poussé à son maximum, ne ferait sourire personne.

(51) Les actes préparatoires qui révèlent parfois une certaine activité délictueuse ou les actes de complicité non rattachables à un fait principal punissable, demeurent impunis, il en est de même du commencement d'exécution qui n'aurait pas été suivi d'effet à la suite du désistement volontaire de son auteur (cf. notamment, M. Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires*, t. 1, P.U.F. 1990, p. 49 et s.).

(52) J.O. Déb. Ass. Nat. 1ère séance du 15 juin 1987 ; J.O. du 16 juin 1987, p. 2387, 1ère col. Rapp. de M. Thyraud au nom de la commission des lois du Sénat n° 3 (doc. Sénat 1987-1988), p. 60 et 61. Rap. de M. André au nom de la commission des lois de l'Ass. Nat., n° 1087 (doc. Ass. Nat. 1987-1988), p. 11 et s., J.O. Déb. Sénat séance du 4 novembre 1988, J.O. Déb. Sénat du 5 novembre 1988, p. 5660, 2° col. in fine.

(53) G. Champy, thèse précitée, p. 287 et s.. L'article 462-8 du Code pénal procède davantage d'une extension du champ d'incrimination dans l'espace que dans le temps.

Du reste, comme l'on sait l'efficacité d'une peine tient moins à la sévérité de la sanction qu'à la certitude de la répression. De sorte que l'institution de peines plus élevées ne résoudrait pas le problème (54).

54. - 2) Il aurait semblé plus judicieux en revanche, d'instituer des peines d'amendes proportionnelles au profit retiré ou escompté (55).

Cependant, un tel résultat dissuasif peut toujours être obtenu avec la menace d'une action civile en dommage et intérêt.

55. - Au total donc, l'ensemble des objections invoquées à l'appui d'une incrimination spéciale de la contrefaçon de carte bancaire, paraît devoir être rejeté.

Les textes permettant la répression de tels agissements sont plus nombreux que ce que l'on pouvait croire.

56. - En outre, ce glissement conceptuel de la qualification de la fraude monétaire à la qualification de la fraude informatique vérifie cette idée de M. Jean d'Ormesson, selon laquelle l'une des erreurs classiques quand on s'occupe de l'avenir est de l'imaginer comme un prolongement du présent ...

(54) Cette idée était déjà développée par Beccaria (Traité des délits et des peines, traduction Françoise Neuchatel, 1797, p. 102), "Ce n'est pas par la rigueur des supplices qu'on prévient le plus sûrement les crimes, c'est par la certitude de la punition", adde Montesquieu (De l'esprit des lois, Livre VI, chap. XII) "Qu'on examine la cause de tous les relâchements, on verra qu'elle vient de l'impunité des crimes, et non pas de la modération des peines".

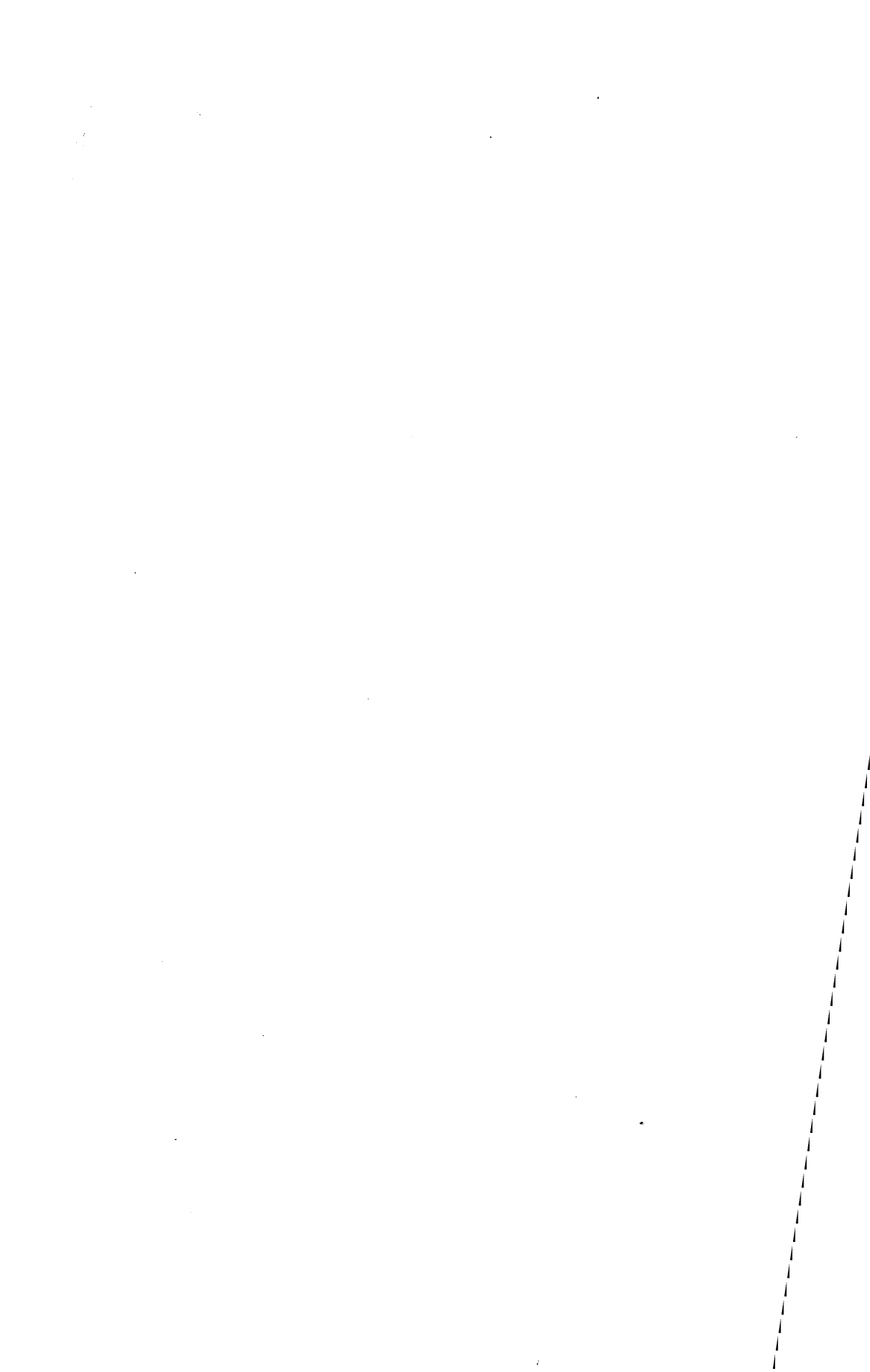
(55) Cette idée constitue une combinaison de la conception victimologique du droit pénal et de la théorie économique du crime. Dans la conception victimologique du droit pénal, l'accent est mis davantage sur la réparation du préjudice causé à la victime que sur la répression de l'auteur (sur ce point, cf. R. Gassin, "Criminologie, Précis Dalloz 1988, n° 252, p. 117). La théorie économique du crime quant à elle, repose sur l'idée selon laquelle le crime résulte d'un choix délibéré et rationnel d'un individu, entre le coût et le profit escompté d'un acte délictueux. Dans cette optique la peine devrait avoir pour objet de rendre le crime inutile d'un point de vue économique (sur ce point cf. R. Gassin, précité, n° 234, p. 200 à 201).

R.R.J. 1991-1

Pages 169 à 181

- VI -

ANTHROPOLOGIE JURIDIQUE



JUGEMENT DE VALEUR EXPLICITE OU JUGEMENT DE VALEUR CAMOUFLÉ ?

Par

Jean-Louis HAROUEL

*Professeur à l'Université de Droit, d'Économie et de Sciences Sociales
de Paris (Paris II)*

Le jugement de valeur est, depuis Max Weber, rigoureusement proscrit en sciences sociales. Et pourtant, avant cela, les grands ancêtres de l'histoire, de la sociologie, de l'anthropologie -Thucydide, Platon, Aristote, Ibn Khaldoun, Bodin, Montesquieu, Tocqueville, Comte, Marx, Pareto- ne s'en sont pas privés. Leur œuvre a-t-elle moins de valeur pour cela ? Dans la mesure où leur pensée présente des faiblesses, sont-elles dues à la présence dans leurs écrits de jugements de valeur ?

Prenons le cas de Marx. Sa haine du capitalisme n'eût pas été moindre si elle ne s'était pas exprimée en imprécations dans le "Capital". Ce n'est pas à cause de ses jugements de valeur que le marxisme est récusable, mais bien parce que ses théories les plus impressionnantes par leur complexité, leur rationalité, leur prétention à un statut scientifique prestigieux sont fausses : parce que la théorie de la plus-value est fausse, tout comme est fausse la théorie de la paupérisation, absolue ou relative. S'il avait été astreint à respecter l'interdit du jugement de valeur, Marx eût voilé sa détestation viscérale du libéralisme économique derrière le masque impassible d'une pseudo-neutralité, mais le contenu de sa doctrine eût été le même. Pour être implicite, le jugement de valeur n'en eût pas moins été présent.

L'éradication du jugement de valeur constitue assurément un objectif utopique. D'ailleurs, Max Weber lui-même s'est avéré incapable de respecter la règle qu'il avait édictée. Leo Strauss ne cesse de le prendre en flagrant délit de jugement de valeur, et il l'en loue : "L'œuvre de Weber aurait été non seulement ennuyeuse mais absurde s'il n'eût parlé à tout bout de champ des vertus et des vices intellectuels et moraux dans le registre approprié, celui de la louange ou du blâme".

LE REFUS DE TOUTE HIÉRARCHIE QUALITATIVE

Toute la pensée antérieure au XXème siècle se trouve fondée sur l'ambition de formuler des jugements de valeur objectifs, et sur l'idée qu'il est possible d'y parvenir. A notre époque, au contraire, le tabou du jugement de valeur constitue un dogme, qu'il est de très mauvais ton de discuter. Le rôle assigné aux sciences sociales est de décrire et d'analyser le fonctionnement de chaque société, de chaque groupe social, d'en démonter les mécanismes, d'en comparer les éléments. Il est en revanche rigoureusement interdit d'établir une quelconque hiérarchie qualitative entre les sociétés et les groupes sociaux. Surtout pas de hiérarchisation valorisante, ni dans le temps ni dans l'espace, si bien que les suprêmes péchés ont nom évolutionnisme (si souple soit-il) et ethnocentrisme. Tout doit se fondre dans le pathos lénifiant et discrètement égalitariste de la diversité des "cultures", qui fonde et fausse du même coup la démarche de l'ensemble des sciences sociales. Chaque société ou groupe social doit être envisagé avec un mélange de sympathie et de détachement, en se gardant de porter aucune appréciation sur le contenu de la "culture" considérée.

Héritier de la *paideia* grecque, de l'*humanitas* latine et de la *Bildung* chère à Goethe et à Schiller, le sens classique du mot culture, qui est d'ailleurs celui du langage courant, peut se résumer par l'idée d'une formation intellectuelle, esthétique et morale de l'être humain. A cette signification classique et porteuse d'une dimension valorisante, l'ethnologie et l'anthropologie en ont substitué une autre, d'abord en anglais puis dans les autres langues. Et de ce sens nouveau se trouve exclu -tabou du jugement de valeur oblige- tout élément qualitatif. Le mot culture désigne alors tout bonnement la mentalité et les mœurs d'un groupe humain donné.

Pourquoi un terme si valorisant pour un contenu souvent si prosaïque ? Eh bien ! toujours en raison de la fameuse interdiction du jugement de valeur. Pour pouvoir éviter d'établir une hiérarchie, ce qui se serait produit si on avait, par exemple, conservé le terme de civilisation. Car on aurait eu alors d'un côté les sociétés civilisées, et de l'autre celles qui l'étaient moins ou qui ne l'étaient pas. D'où le recours au mot culture. Chaque société (ou groupe social) a sa culture, on s'interdit d'établir un certain classement entre les cultures, et le tour est joué. "Tout le monde il est beau, tout le monde il est gentil".

Et pourtant, le refus de hiérarchisation nie purement et simplement l'évidence. Cette hiérarchie, les Occidentaux l'ont observée dans leur propre histoire. Il semble difficile de contester -encore qu'on l'ait souvent exagérée- la régression de civilisation qui accompagne le passage de l'empire romain aux royaumes barbares. Et s'il n'y a pas de différence de niveau de civilisation entre les chasseurs de rennes magdaléniens et l'Athènes de Périclès, plus rien n'a de sens. Il était dès lors légitime d'appliquer une hiérarchie analogue aux divers groupes humains peuplant la planète, et de les classer selon leur niveau de civilisation. Certes, rien n'est jamais parfaitement identique, mais enfin l'ordre de grandeur et l'idée générale y sont. Il n'y a d'ailleurs qu'à voir comment les préhistoriens, tel Nougier, traquent à travers le

monde les rémanences néolithiques pour interpréter leurs découvertes, ou se servent de l'artisanat encore réalisé dans les chaînes de l'Altai pour mieux appréhender les objets dont disposaient les Magdaléniens. Quant à l'idée de faire gagner un siècle ou plus à certaines sociétés par une mise en contact avec la civilisation intellectuelle et matérielle de l'Occident, elle donne parfois des résultats très positifs. On a ainsi l'impression que certains États de l'Asie du Sud-Est ont pratiquement fait l'économie de notre XIX^{ème} siècle, passant en quelques décennies d'une société agraire et artisanale à l'informatique et à la robotique.

CULTURE ET LANGUE DE BOIS

Destiné à masquer la différence des niveaux de civilisation et à permettre l'évitement du jugement de valeur, l'emploi systématique du mot culture pour désigner les mentalités et les mœurs entraîne les sciences sociales de notre temps dans une véritable "langue de bois" et transforme à l'occasion en émules de Diafoirus les savants par ailleurs les plus estimables. Un historien aussi remarquable que Robert Darnton nous explique très gravement que le fait de s'amuser en torturant à mort les animaux faisait partie de la culture populaire de l'ancienne France. D'autres auteurs nous exposeront que l'excision et l'infibulation font partie de la culture des peuples concernés. Et il n'y a qu'à continuer : le pogrom antijuif faisait partie de la culture russe, le pogrom antiarménien de la culture turco-musulmane, le pogrom antiindien de la culture des Noirs d'Afrique orientale... De même que, dans le centre de l'Afrique, il y a un siècle, le fait de débiter sur les marchés des esclaves vivants, mis à mort quand tous les morceaux avaient été choisis, d'élever des troupeaux d'enfants en vue de la boucherie, de rompre vives les victimes afin d'en attendrir la chair et de les garder plongées dans le fleuve, tout cela était inhérent à la culture des tribus concernées. Culture phénicienne, les enfants offerts en pâture à Moloch. Culture inca, le sacrifice de vierges au soleil. Culture hindoue, l'habitude de contraindre moralement (et parfois physiquement) les veuves à partager le bûcher de leur défunt époux. On s'étonne qu'après cela, il y ait encore un ministère de la culture, et des pages culturelles dans les journaux !

Il est permis de regretter qu'au lieu du mot *culture* ne se soit pas imposé un autre mot anglais, celui de *custom*. Il correspondait en effet beaucoup mieux au contenu de ce que les sciences sociales ont abusivement choisi d'appeler culture. Mais, là encore, la chose se comprend bien. Il fallait que tous eussent droit à la possession d'une culture, que ce terme valorisant ne restât pas l'apanage d'élites hautement civilisées. Là encore a joué le tabou du jugement de valeur ! Les sociétés naguère appelées primitives se sont vues reconnaître une culture, de même que, dans les pays développés, l'ensemble des catégories sociales, y compris les groupes les plus marginaux, la population carcérale, les bandes de jeunes délinquants des grandes villes... Surtout pas de hiérarchie qualitative, de jugement de valeur ! Ou du moins, pas ouvertement !

LE JUGEMENT DE VALEUR CAMOUFLÉ

Bien qu'officiellement proscrit, le jugement de valeur est très présent dans les sciences sociales actuelles. Simplement, il ne s'expriment pas ouvertement, il se dissimule, inspire subtilement le discours, se glisse clandestinement dans la terminologie. Sous couverts de l'objectivité du chercheur, on observe bien souvent une réelle partialité, une indiscutable complaisance pour les sociétés ou les groupes sociaux étudiés. Ces jugements de valeur implicites sont le non-dit des sciences sociales, et ce non-dit est parfois essentiel. A force de s'identifier aux milieux qu'ils étudient, certains chercheurs ne deviennent-ils pas les ennemis de leur propre société, de ses valeurs, de ses conceptions ? Peut-être même quelques-uns d'entre eux l'ont-ils toujours été, fût-ce à leur propre insu.

Un exemple très significatif de jugement de valeur camouflé est l'abandon du terme de "sociétés primitives" au bénéfice de celui, perçu comme plus valorisant, de "sociétés traditionnelles". Cela a pour effet de rapprocher dans l'esprit du public les sociétés "ex-primitives" d'Afrique, d'Amérique ou d'Océanie du monde paysan traditionnel de l'Europe des XVIIIème et XIXème siècles, décrit par Restif de la Bretonne ou par George Sand. Celui de nos arrières-grands-parents. Procédé détourné mais indéniable de valorisation des sociétés en question. Plus généralement, on observera d'ailleurs que le refus de toute hiérarchie qualitative entre les sociétés (ou entre les groupes sociaux) au nom du tabou du jugement de valeur aboutit paradoxalement à le violer. Le refus du jugement de valeur contient en effet en filigrane le postulat que toutes les sociétés se valent... ce qui est un jugement de valeur.

POUR UN RETOUR AU JUGEMENT DE VALEUR OBJECTIF

Il semble bien que la plupart des jugements de valeur subreptices ayant actuellement cours dans les sciences sociales soient défavorables à l'Occident. Mais, quel qu'en soit le sens, le jugement de valeur implicite, clandestin, habillé d'apparente neutralité, n'est pas satisfaisant pour l'esprit et constitue au surplus une pratique dangereuse. Dès lors qu'il y a de toute façon jugement de valeur, pourquoi ne pas l'avouer et mettre cartes sur table ? Tout en serait plus clair. L'acceptation du jugement de valeur ne concernerait d'ailleurs pas la phase de l'observation, de la recherche proprement dite, mais celle de l'exploitation des résultats de la recherche, de leur présentation à la communauté scientifique et au public. A ce stade de la présentation des résultats de la recherche et du travail de réflexion à opérer sur eux, l'affectation de neutralité devient une duperie. En effet, il est clair qu'à travers le temps et l'espace toutes les civilisations, les organisations sociales, tous les systèmes de normes, les formes de mentalité, de comportements, de mœurs, n'ont pas la même valeur. Faire semblant de ne pas le voir revient à se moquer du lecteur. S'attacher à ne jamais parler de cruauté quand il y a manifestement cruauté est une forme de

malhonnêteté intellectuelle. De même, il est évident qu'il existe une différence de valeur entre un État où l'activité politique est bien orientée et une bande de gangsters. Cette différence tient à ce que la cité "ne se contente pas simplement d'organiser et d'exprimer l'égoïsme collectif" (Leo Strauss).

En revanche, au niveau de l'observation, il est essentiel que le chercheur s'efforce à un maximum d'objectivité, de détachement scientifique à l'égard de la réalité étudiée. La chose est indéniable : la qualité de l'observation, de la compréhension de l'intérieur de la société étudiée (présente ou passée), en dépend. On n'en observera pas moins, *cum grano salis*, qu'il est bien heureux pour les ethnologues que l'influence civilisatrice de l'Occident chrétien ait fait disparaître des contrées où fleurissaient encore naguère les sacrifices humains et le cannibalisme. Cela rend tout de même plus facile à pratiquer sur le terrain le refus du jugement de valeur.

L'ANTHROPOLOGIE JURIDIQUE FACE AU JUGEMENT DE VALEUR

Dialogue entre N. ROULAND et J.-L. HAROUEL (1)

L'anthropologie juridique fait une large part à l'étude des droits des sociétés traditionnelles, dont la colonisation a profondément affecté les équilibres. A ce titre, on peut craindre qu'elle ne soit tentée de ressusciter les mythes du Bon Sauvage, et de décréter qu'il ne peut y avoir de hiérarchie entre les cultures, au motif que l'universalité des valeurs est une illusion.

Dans les lignes qui suivent, J.-L. Harouel s'entretient sur ce thème avec N. Rouland.

J.-L. Harouel

- N'existe-t-il pas une tension interne au sein de l'anthropologie juridique, dans la mesure où l'anthropologie récuse le jugement de valeur et où le droit occidental actuel se trouve largement fondé sur des jugements de valeur ?

N. Rouland

- Cette réticence envers le jugement de valeur n'a pas toujours existé. Au XIX^{ème} siècle, les pères de l'anthropologie juridique étaient partisans de l'évolutionnisme unilinéaire, théorie affirmant que toutes les sociétés évoluent en suivant un même schéma. Ils opposaient les sociétés primitives aux sociétés développées, placées selon eux à la pointe de l'évolution. Ces théories ont inspiré l'idéal colonial : il s'agissait de faire économiser aux colonisés de longs siècles d'évolution. L'anthropologie juridique fut donc à l'origine empreinte de jugements de valeur, qui sont d'ailleurs à l'origine de la distinction entre sociologie et ethnologie. Pensant qu'une même discipline ne pouvait étudier les deux types de sociétés, Auguste Comte a assigné à l'ethnologie l'étude des sociétés primitives.

(1) N. Rouland est Professeur d'Anthropologie Juridique et d'Histoire du Droit à l'Université d'Aix-Marseille III ; J.-L. Harouel est Professeur d'Histoire du Droit à l'Université de Paris II, et membre du C.N.U.

Cependant, les choses ont été changées par une révolution méthodologique survenue au début de ce siècle : l'exigence de l'enquête sur le terrain. Du fait de ses séjours prolongés, l'ethnologue en est souvent venu à s'identifier aux sociétés étudiées. On connaît la formule de Michel Leiris, "l'ethnologue est l'avocat naturel des populations qu'il étudie". De plus, une révolution théorique est intervenue, touchant l'ensemble des sciences sociales. Elles ont abandonné l'évolutionnisme unilinéaire pour se tourner vers des théories telles que le fonctionnalisme et le structuralisme, peu favorables aux notions d'histoire, de progrès, d'évolution. Mais ont joué également des raisons tactiques : il était difficile pour les anthropologues de continuer à tenir pour arriérées les populations étudiées, car cela dévaluait non seulement l'objet de la recherche mais encore la recherche elle-même. Ceci dit, le mythe du Bon Sauvage est de tous les temps, de même que celui du cyclope (le Mauvais Sauvage).

Par ailleurs, si on observe l'attitude des sociétés traditionnelles elles-mêmes par rapport au jugement de valeur, il est clair qu'elles en usent abondamment. Elles établissent des classifications et des hiérarchies orientées. Ainsi, beaucoup de sociétés se nomment elles-mêmes en des termes qui signifient "les véritables hommes". Tel est le cas des Inuit, terme qui veut dire "nous, les véritables hommes". Tandis que le nom péjoratif d'Esquimaux donné aux Inuit par les Indiens vivant un peu plus au sud signifie "ceux qui mangent la viande crue". Et, de leur côté, les Esquimaux appellent ces Indiens "les poux". En outre, le phénomène de la guerre, bien que souvent occulté par les anthropologues, constitue selon Clastres un élément fondamental dans les rapports entre les sociétés traditionnelles. Il y voit la conséquence de leur attachement à leur propre identité, qui les conduirait à préférer l'affrontement aux autres sociétés plutôt que la communication avec elles. Aussi bien d'autres auteurs non moins éminents tels que Lévi-Strauss mettent-ils davantage l'accent sur l'alliance, l'échange...

Tout ceci tendrait à prouver que l'ethnocentrisme est une des attitudes les plus répandues dans l'histoire de l'humanité et n'est pas l'apanage des Occidentaux. Il existe dans le monde actuel beaucoup d'exemples d'hostilité parfois dramatique de la part de sociétés dominantes non-occidentales à l'égard de leurs minorités ethniques (Touaregs en Afrique ; Kurdes au Moyen-Orient ; Karen et Meo en Asie du Sud-Est ; Negritos des Philippines ; Aïnous du Japon ; etc...).

Sans doute faut-il cependant distinguer entre ethnocentrisme et racisme, le premier appartenant à tous les temps alors que le second est né avec l'époque moderne. Le racisme a des conséquences plus dramatiques que l'ethnocentrisme dans la mesure où ses solutions sont marquées au coin de l'irréparable. Pour le Grec ou le Romain de l'Antiquité, pour le missionnaire chrétien, pour l'administrateur colonial, le sauvage peut sortir de son état d'arriération en adoptant les valeurs considérées comme celles de la civilisation. Alors qu'à l'inverse le racisme voue les races considérées comme inférieures à un statut servile, voire à la destruction. Même si l'Occident a été coupable d'attitudes racistes, elles ne sont pas non plus son exclusivité. Il existe par exemple à l'heure actuelle dans l'Océan Indien des sociétés compo-

sées de communautés ethniques à la fois très différenciées et très métissées au sein desquelles non seulement les différences culturelles (religion) mais aussi le degré de coloration de la peau sont des éléments de hiérarchisation d'une extrême importance (2). On évoquera de même le mépris fréquemment rencontré en Chine pour les étudiants africains, volontiers qualifiés de "diables noirs".

J.-L. Harouel

- Est-ce que l'anthropologie juridique actuelle ne serait pas quelque peu sous-tendue par un jugement de valeur anti-occidental implicite ?

N. Rouland

- Il est possible que l'anthropologie juridique actuelle soit particulièrement marquée par un jugement de valeur défavorable à l'Occident notamment en ce qui concerne l'étude de l'acculturation. Cela peut s'expliquer par des causes historiques et techniques. Historiquement, les sciences juridiques ont été beaucoup plus longtemps marquées par l'évolutionnisme unilinéaire que les autres branches de l'anthropologie. Etudiant voici une vingtaine d'années, je me souviens d'avoir appris en droits civil et pénal des théories directement issues des erreurs du XIX^{ème} siècle finissant. Malheureusement, on trouve toujours, pour l'essentiel, ces erreurs dans les manuels mis à la disposition de nos étudiants de premier cycle (3). Ceci explique que dans le domaine juridique, l'anthropologie ait à réagir avec une vigueur que certains peuvent juger excessive contre le vieil évolutionnisme favorisant exagérément les sociétés occidentales. Alors que dans les autres champs de l'anthropologie, l'évolutionnisme est devenu obsolète au lendemain de la première guerre mondiale. L'autre facteur, d'ordre technique, correspond à la mise en défaut, sur la base de travaux récents et incontestables, de l'évolutionnisme unilinéaire dans les différents domaines chers au juriste. Ainsi, les sociétés traditionnelles n'ignorent pas les relations contractuelles, qu'elles pratiquent simultanément aux relations statutaires. De même, la propriété individuelle existe à côté de la propriété communautaire. Ou encore, dans le domaine du droit pénal, ces sociétés connaissent le système de la peine qui voisine avec la composition et la vengeance. Dans la mesure où on nous a enseigné à tort que le contrat, la propriété individuelle et la peine étaient des inventions des sociétés civilisées, l'anthropologie juridique est bien obligée de s'inscrire en faux contre ces jugements qui survalorisent la capacité inventive des sociétés dites développées.

(2) On objectera que ces hiérarchies fondées sur la couleur ont été introduites par les colonisateurs européens. Il reste que les populations auxquelles elles furent appliquées se les sont appropriées.

(3) Cf. M. Beaudet, *L'évolutionnisme uni-linéaire dans les manuels de droit pénal français et québécois* (Mémoire D.E.A. Histoire du Droit, Aix-en-Provence, 1990).

J.-L. Harouel

- *En tant que membre de la cité, est-ce que l'anthropologue (ou le sociologue) n'est pas contraint au jugement de valeur qu'il récuse au sein de sa discipline ? Est-ce qu'il n'existe pas dans certains cas un devoir d'ethnocentrisme ?*

N. Rouland

- Il est en effet des circonstances où l'anthropologue juriste que je suis est obligé de se déterminer. Et cela en fonction de valeurs qui ne sont pas universelles. Prenons deux exemples dans l'actualité française.

De plus en plus d'affaires d'excision sont portées devant les tribunaux. A l'occasion de la dernière en date, aux assises de Versailles, en octobre 1989, on m'a demandé d'apporter mon témoignage à l'appui de la défense. J'ai longtemps hésité, et me suis résigné à refuser pour un ensemble de raisons parmi lesquelles une est essentielle. Je pensais et continue à penser que la responsabilité de l'accusée était très fortement diminuée par le fait qu'elle était imprégnée d'une culture différente de la nôtre ; mais, inévitablement, en contribuant à sa défense, j'aurais été amené à légitimer une pratique que personnellement je réprouve parce que moi-même et la société, dans laquelle je vis, obéissons à un autre système de valeurs.

Nous aussi avons des rites d'initiation, (permis de conduire, service militaire, bizutages...), mais ils ne sont pas les mêmes que ceux des Kikuyu ou des Maliens.

Second exemple : celui du foulard islamique. Personnellement, je pense, comme M. Eliade, que la dimension religieuse est une structure fondamentale de l'être humain. Parmi les différents points de repère qui jalonnent le processus de l'humanisation, tout autant que l'outil ou le langage, la dimension religieuse, l'inquiétude métaphysique me paraissent des critères de l'humanité. Donc, je suis en principe favorable à l'extériorisation des appartenances religieuses, y compris à l'école. A mon sens, la laïcité consiste pour l'Etat à laisser se manifester les appartenances religieuses sans en privilégier aucune (dans cet esprit, l'introduction de cours d'histoire des religions, faits par des historiens, dédramatiserait beaucoup certaines attitudes). Le problème est que, pour que la diversité soit viable, il faut qu'elle soit acceptée de part et d'autre. D'où l'ambiguïté de l'affaire du foulard. S'il est un signe d'appartenance religieuse, je suis tout à fait pour. S'il véhicule en revanche une idéologie à base d'intransigeance et d'intolérance, il peut conduire à des désordres graves. On peut théoriser tout cela de la façon suivante : toute société a besoin d'un minimum d'unité, de cohérence, pour pouvoir se reproduire, perdurer. Il y a deux grandes voies dans lesquelles peut se manifester cette unité. La solution à mon sens la plus rudimentaire et la plus primitive est celle de l'uniformité. C'est parfois aussi la seule praticable. Le système légaliste rêvé par les hommes de 1789 était de ce type. La seconde manière de concevoir l'unité est de l'assurer dans la diversité, solution à mon sens hautement préférable. C'est d'ailleurs le type de solution qu'adoptent volontiers les sociétés traditionnelles, qui sur ce point me paraissent plus avancées que les nôtres. Si ces sociétés ont souvent des

rapports belliqueux avec leurs voisines, en revanche, d'un point de vue interne, elles reposent sur la valorisation des différences et sur la complémentarité existant entre ces différences. Par exemple le forgeron ne peut vivre sans l'agriculteur, qui lui-même ne peut vivre sans le forgeron. Cette valorisation des différences a même conduit dans le domaine politique à une sorte d'invention de la séparation des pouvoirs bien avant Montesquieu ou Aristote. Des pouvoirs différents sont attribués à des personnages différents (maître de la pluie, maître de la terre, conciliateur dans le règlement des conflits...). Cet éclatement des pouvoirs a souvent empêché la constitution de régimes politiques à tendance autoritaire.

N.L. Harouel

- Le dogme du refus du jugement de valeur ne vous semble-t-il pas une exigence arbitraire, quand on songe que des auteurs tels que Montesquieu, Tocqueville ou Marx l'ont largement pratiqué ?

N. Rouland

- On pourrait tout d'abord répondre, à propos des auteurs cités, qu'une des causes de certaines de leurs erreurs repose justement sur ces jugements de valeur. Exemple facile mais néanmoins légitime : l'effondrement actuel des régimes dits socialistes en Europe centrale paraît montrer que l'interprétation évolutionniste de l'histoire construite par Marx était erronée. Par ailleurs, il est probable que l'exigence du refus du jugement de valeur est sinon arbitraire, du moins irréalisable. Même les tableaux les plus figuratifs ne traduisent qu'une partie de la réalité. Et je voudrais rappeler cette phrase de Matisse : "L'exactitude n'est pas la vérité". Néanmoins, même si intellectuellement le refus du jugement de valeur paraît un objectif inatteignable, il me semble que sa nécessité demeure impérative au niveau méthodologique. En ce sens que les observations qu'un chercheur peut faire ont malgré tout plus de chance de se rapprocher d'une certaine objectivité s'il a pris conscience des présupposés qu'il doit à sa propre culture. Je voudrais terminer en citant un propos de Claude Lévi-Strauss dont l'exactitude est maintes fois constatée par tout chercheur de terrain : lorsque l'ethnologue se retrouve sur le terrain, dans un milieu matériel et humain souvent difficile et parfois hostile, il est lui-même saisi par la vivacité avec laquelle des préjugés qu'il croyait avoir depuis longtemps jugulés remontent à la surface de sa conscience.



R.R.J. 1991-1

Pages 183 à 261

- VII -

VARIÉTÉS

DROIT

ET

SCIENCES OCCULTES

Par
Marc BRUSCHI

PRÉFACE

Le droit est de ce monde. Banale, cette constatation n'est avérée que depuis peu ; encore ne vaut-elle que pour un certain type de sociétés, qu'on a coutume de nommer modernes, parce qu'elles ont fait le choix culturel du développement économique et de la laïcisation du droit. Se voulant depuis deux siècles a-religieux, le droit français n'a jamais pour autant rompu les liens qui l'amarrent au sacré : les jaquettes de nos codes sont rouges, comme les pourpres impériale et cardinalice, et non loin de l'ocre dont les hommes de la Préhistoire saupoudraient les cadavres de leurs proches en signe d'espoir de l'immortalité (le sang peut être symbole de vie). Appartenant à la génération qui voit se reformer les interrogations sur la dimension religieuse de l'homme, M. Bruschi fait le tour des digues qu'élève le droit positif contre la marée montante de l'occulte de bon et mauvais aloi. Dignes à vrai dire poreuses et non indemnes de failles. En apparence, des textes sévères défendent les consommateurs de surnaturel contre les abus. Ils ne forment pas pour autant un système vraiment cohérent : M. Bruschi le sait bien, qui a dû les traquer en des caches très diverses de notre arsenal législatif : le droit des sciences occultes ne nous est pas donné de façon immédiate, M. Bruschi nous le fait heureusement découvrir. Mais dans la pratique, la jurisprudence est souvent fort accommodante : si les codes se font avec le temps, le temps risque aussi de les défaire, et il n'est pas exclu que les tribunaux finissent par se raidir face à certains abus, dont le surnaturel ne serait que l'alibi. Cependant, pour l'instant, c'est la sensation d'une assez grande tolérance qui domine. D'ailleurs, l'entreprise, cette machine idéologique à laver plus blanc, ne légitime-t-elle pas les sciences occultes en consultant leurs hommes de l'art ? Les envoûteurs berrichons ont cédé la place aux numérologues et astrologues du CNPF. M. Bruschi le montre très bien, et, de façon plus large, nous décrit les diverses manifestations de ce qu'il pense être, dans notre société, un droit aux sciences occultes.

Le droit du XXI^{ème} siècle sera-t-il religieux ? On peut en tout cas penser qu'il regardera davantage le ciel. Monsieur Bruschi a eu le courage, en acceptant le sujet que je lui proposais, d'inaugurer cette nouvelle astronomie. Il le fait avec talent, car s'il a au-dessus de sa tête le ciel étoilé, il garde au fond de son cœur les lois du Code.

Norbert ROULAND
Professeur à la Faculté de Droit d'Aix-Marseille



DROIT ET SCIENCES OCCULTES

Par

Marc BRUSCHI

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

- Section 1 - L'ampleur du phénomène
- Section 2 - La permanence du phénomène
- Section 3 - La diversité du phénomène

1ère PARTIE - LE DROIT DES SCIENCES OCCULTES

Chapitre I - La prévention de l'exercice des sciences occultes

- Section 1 - La prévention indirecte dans la jurisprudence civile et commerciale
- Section 2 - La prévention directe dans la jurisprudence pénale

Chapitre II - La répression de l'exercice des sciences occultes

- Section 1 - Les éléments constitutifs du délit d'escroquerie "surnaturelle" ou "superstitieuse"
- Section 2 - L'escroquerie et les infractions voisines : le cumul idéal d'infractions ?

2ème PARTIE - LE DROIT AUX SCIENCES OCCULTES

Chapitre I - Expression d'une réalité sociale

- Section 1 - Entretien F. Vasseur
- Section 2 - Entretien Y.G
- Section 3 - Entretien cabinet R

Chapitre II - Expression d'une liberté

- Section 1 - La liberté d'embauche de l'employeur
- Section 2 - La liberté religieuse

CONCLUSION GÉNÉRALE

Esprit es-tu là ? Droit es-tu là ?

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Des associations d'idées peuvent apparaître aussi insolites que l'objet de certaines sciences. L'étrange représente ainsi pour l'homme, depuis longtemps, la source d'une grande fascination. Quant au rapprochement des termes "droit" et "sciences occultes", il témoigne de prime abord d'un caractère quelque peu inhabituel. En effet, le droit, le juste, a pu avoir, en Occident, d'Aristote à Rousseau, comme moyen privilégié de recherche, la Raison. Or, le surnaturel d'où découlent les sciences occultes, se porte en faux contre la raison scientifique, se plaçant au-dessus ou au-dessous d'elle selon nos postulats philosophiques.

1 - Définition des sciences occultes. Expression galvaudée par les médias désignant n'importe quelle manifestation irrationnelle, l'expression de sciences occultes a une définition encore marquée par le caractère relatif de son contenu. En effet, celle-ci est tributaire pour une large part de l'orthodoxie de la religion culturellement dominante et de "l'orthodoxie" scientifique d'une société donnée. De plus, elle est sujette à de multiples controverses entre des écoles de théosophie ou d'ésotérisme de traditions différentes. Néanmoins, des dictionnaires de philosophie (1) définissent les sciences occultes comme le nom global, apparu vers la fin du XIX^{ème} siècle, désignant des activités aussi hétérogènes que la magie, l'alchimie, l'astrologie, les sciences divinatoires en général, voire des véritables doctrines ésotériques. Ces différents courants de pensée ont ceci en commun qu'ils admettent à des degrés variables, l'existence de forces supra-sensibles et supra-rationnelles inconnues, cachées, intervenant dans les affaires humaines et nécessitant des moyens spécifiques pour entrer en contact avec elles.

On peut distinguer trois principaux domaines d'action : les premiers sont relatifs à la faculté de divination (précognition, découverte des choses cachées ou perdues, télépathie...), les seconds ont trait aux pouvoirs surnaturels, bienfaisants ou maléfaisants possédés par certaines personnes (guérisseurs, sorciers, talismans...), enfin, les troisièmes touchent aux relations avec l'au-delà (apparitions, spirites, médiums...). Ces connaissances dont l'épithète d'occulte (du latin *occultus* : caché par nature) renvoie au caractère secret de celles-ci, rappellent aussi le caractère mystérieux des faits qu'elles ont pour objet. Elles se transmettent alors d'une manière orale et ésotérique.

Historiquement, selon M. Eliade (2), la définition est allée en s'élargissant, désignant en 1545 ce qui est "non saisi ou non saisissable par l'esprit au-delà de l'entendement ou du savoir ordinaire",

(1) G. Legrand, "*Vocabulaire de la philosophie*", éd. Bordas, Paris, 1986, 2^{ème} éd. p. 241. A. Lalande, "*Vocabulaire technique et critique de la philosophie*" P.U.F., Paris, 1985, 15^{ème} éd., p. 712. Egalement, D. Julia, "*Dictionnaire de la philosophie*", Larousse, Paris, 1988, Verbum "*sciences occultes*"

(2) M. Eliade, "*Occultisme, sorcellerie et modes culturelles*", Les essais LCVI, Gallimard, Paris, 1978, p. 65 "*L'occulte et le monde moderne*".

l'expression engloba diverses sciences contenant un savoir capable de faire agir des forces de nature secrète et mystérieuse. Eliade cite la définition d'un sociologue, E.A. Tiryakian (3) qui entend par sciences occultes "des pratiques, des techniques ou des procédés intentionnels :

a) qui puisent à des forces cachées ou secrètes de la nature ou du cosmos, forces que les instruments de la science moderne ne peuvent ni mesurer, ni identifier et,

b) qui ont pour conséquence des résultats empiriques, désirés ou provoqués, tels que l'acquisition soit d'un savoir touchant le cours commun des choses, soit d'un pouvoir les modifiant dans un sens qu'elles n'auraient pas eues autrement.

Celui qui exerce une activité occulte n'est pas le premier venu ; les pratiques auxquelles il se livre exigent des connaissances et des compétences spécialisées transmises d'une manière socialement organisée, routinière et ritualisée".

2 - Le droit appréhende en revanche ce phénomène et ce qui relève des croyances spirituelles en général avec beaucoup de scepticisme. Son approche est plus homogène au risque d'être simplificatrice. Le droit veut des preuves et recherche la justice et la vérité à l'aide de la raison. Aussi ne distingue-t-il pas les sciences divinatoires dans leur ensemble (chiromancie, cartomancie essentiellement pratiquées, nécromancie, géomancie, hydromancie, cafédomancie, encromancie, kéromancie, cristallomancie, astrologie, numérologie, spiritisme...) (4) de la voyance directe, sans support matériel, ne postulant pas l'idée d'une croyance en une force surnaturelle, du magnétisme, des guérisons miraculeuses, de la sorcellerie ou de la magie...

Essayant de rendre compte de la manière dont notre système juridique aborde ces phénomènes, nous retiendrons une définition large des sciences occultes insistant sur l'idée de volonté de maîtrise de forces surnaturelles cachées en retenant toutes les sciences divinatoires, l'astrologie, la sorcellerie, les guérisseurs et l'ensemble des doctrines sous tendant ces techniques .

Le paranormal et la parapsychologie liés aux phénomènes précédents relèvent au contraire plus de la science que du droit.

Quant à la voyance directe qui n'est pas à proprement parler une science occulte, nous l'incluerons dans notre étude car elle est souvent associée à d'autres techniques, plus ésotériques et confondue sous le terme de divination par notre droit.

3 - Composante secondaire de la société française il y a encore une cinquantaine d'années, le monde de l'occulte s'inscrit aujourd'hui dans l'émergence de nouvelles formes de religiosité et devient un élément marquant de la fin du XXème siècle (5). Pour autant, le

(3) E.A. Tiryakian, "Toward the sociology of esoteric culture", *American journal of sociology*, novembre 1972, p. 498 et s. cité in Eliade, op. cit. p. 67.

(4) Cf. pour la définition des termes techniques, glossaire.

(5) C. Debbasch, J.M. Pontier, "La société française", Dalloz, Paris, 1989, p. 509.

discours du droit et de ses interdits s'est petit à petit estompé si bien que faire état du droit positif en la matière pourrait paraître superflu.

Déjà, Troplong notait au XIX^{ème} siècle qu'"il paraîtra ridicule" de parler de problèmes juridiques de bail à loyer et de maisons hantées comme le faisait d'Argentree auparavant (6). Par chance, au XX^{ème} siècle, dit-on, le ridicule ne fait plus trop de victimes et l'ampleur économique et sociale des sciences occultes suscite des problèmes juridiques aussi inattendus que certains phénomènes paranormaux ainsi qu'une évolution dans la manière dont nos tribunaux appréhendent la criminalité superstitieuse.

Avant d'envisager la multitude des textes directement ou indirectement applicables à la question et la jurisprudence qu'ils ont engendrés, il convient après avoir présenté le phénomène dans sa dimension économique et sociale, de le replacer dans un contexte historique et philosophique avant de le relativiser par une vision anthropologique.

SECTION I - L'AMPLEUR DU PHÉNOMÈNE

A l'heure actuelle, la croyance, la pratique ou simplement l'intérêt que l'on porte sur les sciences occultes se traduisent par des constats de divers ordres. Un constat d'ordre économique permettra tout d'abord de mesurer l'importance du marché de l'étrange en France. Puis des enquêtes sociologiques pourront par des sondages, des statistiques publiés récemment dans des enquêtes, préciser le type de clientèle qui s'adresse aux spécialistes de l'occulte. Enfin des analyses philosophiques dégageront la part d'irrationnel subsistant dans l'homme moderne.

§ 1 - Un constat économique

4 - En 1987, le service d'enquêtes, de statistiques et de documentation des impôts aurait recensé en France 40.000 voyants, consultés chaque année par 10 à 12 millions de personnes pour un marché estimé à 8 ou 9 milliards de francs (7).

Le nombre de sorciers, mages et guérisseurs avoisinerait le chiffre de 30.000 dont 500 exerçant à Paris, selon certaines enquêtes (8) Cependant, en raison de la clandestinité fréquente de l'exercice de ses activités, le nombre important des praticiens non déclarés à l'Administration fiscale devrait conduire à majorer ces chiffres avancés prudemment. Selon une enquête, en 1989 (9), l'ensemble des activités économiques liées au marché des sciences occultes (édition - presse -

(6) Troplong, *"Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code"*, de la vente, t. 2, n° 548, p. 7 (note 3), C. Hingray éditeur, Paris, 3^{ème} éd. 1837.

(7) Géo, "Quand frappent les esprits", n° 127, septembre 1989, p. 136, *Ça m'intéresse* "La voyance", n° 113, juillet 1990, p. 23, *L'Express*, "Les Français et le surnaturel", n° 1998, octobre 1989, p. 52.

(8) *Le Nouvel Observateur*, "La France surnaturelle", juin 1989, p. 12, *Panorama*, numéro spécial, "Le diable", n° 12, p. 12.

(9) *L'Événement du Jeudi*, "Dossier sur les sciences occultes", 26 octobre au 1^{er} novembre 1989, p. 76.

marchandises - consultations...) rapporterait jusqu'à 21 milliards de francs par an (10). Comparativement, les Français dépensent 7 milliards de francs par an en consultations de médecins qui sont au nombre de 45.000. 38.000 prêtres exercent leur ministère et 4.300 psychanalystes sont en activité.

5 - Le marché se banalise par l'action des médias qui jouent un rôle essentiel pour propager la connaissance et la pratique des sciences occultes (11). Il est ainsi passé en quelques années du stade artisanal et local au stade commercial et international. Paradoxalement ou logiquement, le développement de l'irrationnel s'est opéré au moment où celui de la rationalité technique produisait ses résultats les plus spectaculaires. Ainsi c'est au début des années 1960 concomitamment avec l'apparition des premiers téléviseurs que paraît le premier best-seller français en la matière : "Le matin des magiciens" de Mrs. Pauwels et Bergier (12). Puis, l'astrologie moderne se constituera par les célèbres consultations de Mme Soleil sur la station radiophonique Europe 1 dès 1970.

Enfin, les années 1980 connaîtront les derniers circuits de diffusion moderne de l'information par l'emploi de l'ordinateur et du minitel. Les divers médias représentent donc les moyens fondamentaux de transmission de la pensée et des travaux occultes en France et dans le monde et constituent des marchés économiques d'une importance grandissante.

6 - Le marché de l'édition. L'édition à caractère ésotérique représenterait en 1988 un marché de 24 millions de francs (13). Ainsi, bon nombre de hauts tirages ont battu les records de vente, "Les prédictions de Nostradamus" (Rocher) auraient atteint 1,3 millions d'exemplaires vendus ; "La vie après la vie" du Dr R. Moody en est à sa 35ème édition pour 403.000 exemplaires, par exemple. 300 éditeurs se partagent la matière que plus d'une centaine de librairies ésotériques et plus de 200 autres aux rayons spécialisés diffusent. Depuis plus de vingt ans des collections comme "Les énigmes de l'univers et les portes de l'étrange" chez R. Laffont, "Sagesse des arts divinatoires" chez

(10) Parmi les plus célèbres, le Sorcier P. Guérin annonce un chiffre d'affaires de 3 millions de francs annuel pour 300 clients, la société "divinitel" avoue un chiffre de 5 millions, annonce sa prochaine cotation en bourse, emploie 70 voyants à plein temps réalisant 1.000 consultations quotidiennes par téléphone ou par minitel. France Culture, Grand Angle, "La voyance : un marché d'avenir", 21 avril 1990.

(11) Pour une analyse très critique et détaillée du rôle des médias et notamment des chaînes télévisuelles publiques dans la divulgation ou le commerce du surnaturel cf. A. Cuniot, "Incroyable... mais faux !", Essai critique sur l'obscurantisme moderne, collection zétéutique, L'horizon chimérique, Bordeaux, 1989, "Elle, FR3, France Inter, ou la chaîne des médias" p. 152 et s.

(12) L. Pauwels, J. Bergier, "Le matin des magiciens", Gallimard, 1960 et la "Réponse du loup à la bergère" "Le crépuscule des magiciens", "union rationaliste", 1982.

(13) L'Événement du jeudi, op. cit. p.76 et s., Les dossiers du Canard, "Le grand bazar du bizarre", n° 36, juillet 1990, p. 26 et s.

Albin Michel pour n'en citer que deux, ont publié les "textes fondateurs" et autres traités de divination, des ouvrages de vulgarisation, des manuels d'astrologie, de cartomancie... Alors que le public commençait à se lasser de ces titres, un nouveau concept "*Le New Age*", importé des USA, fait son apparition et vise l'harmonie de l'homme et du "*Grand tour*" par des éléments de philosophie orientale, d'occultisme et de psychologie. De nombreux éditeurs ont pu alors retrouver de nouveaux succès (collection "*Age du Verseau*" chez Belfond, "*Espaces libres*" chez Albin Michel, "*J'ai lu, New age...*"). Enfin de nombreux annuaires (à commencer par les pages jaunes de l'annuaire) et guides recensent tous les voyants et astrologues et guérisseurs de France.

7 - Le marché télévisuel. Des émissions à grand succès ont fidélisé un large public, notamment le matin ("*Météo Astral*", "*Astrobébé*" sur Antenne 2). L'irrationnel peut également servir de support à des émissions plus générales par exemple dans des émissions de variétés, des "talk shows" ou créer un thème de débat qui multiplie les occasions de parler de l'occulte ("la voyance", "la réincarnation", "les sorciers"...). Enfin de nombreux reportages sur le sujet sont diffusés régulièrement (14).

8 - Le marché de la presse. Les trois premiers magazines d'astrologie datent de l'après-guerre ("*Astres*" 1949, "*Horoscopes*" 1950, Astral 1951). Mais les successeurs de "*Planète*" de L. Pauwels en 1960 sont nombreux et aujourd'hui la presse astrologique à elle seule représente un marché de plus de 10 millions de francs par an (15). Trois groupes d'éditeurs (éditions F de Villac, HCL. EPR et les éditions Nuit et Jour) proposent une vingtaine de titres : du mensuel grand public aux revues pour initiés ("*Astral*", "*Quel avenir Madame*" au titre révélateur, "*Les cahiers de Nostradamus*", "*Troisième millénaire...*") vendus entre 10.000 et 100.000 exemplaires en moyenne (avec un record de 320.000 exemplaires pour le tout premier numéro de l'encyclopédie de l'astrologie et des arts divinatoires paru récemment en 1990).

9 - Le marché radiophonique et télématique. Les horoscopes sont avant tout largement diffusés par les radios locales et périphériques pour les 2/3 d'entre eux (Europe 1 et Mme Soleil, RTL et D. Derlich, Voyance quotidienne, RMC, etc...). Qu'ils soient matinaux ou associés avec d'autres sciences occultes (sorcellerie, numérologie...), ils touchent une audience immense. Les radios publiques réservent des émissions au paranormal et à l'étrange (par exemple, le célèbre "*Boulevard de l'étrange*" de J.Y. Casgha sur France Inter). 3ème marché de télématique ludique, l'astrologie a une part de marché de 10 à 15 % et constitue le seul secteur en progression constante. Il existerait plus de 170 services touchant aux sciences occultes

(14) Ainsi, parmi les derniers, on citera "*Le sorcier habite dans l'immeuble*" A2 - 30 octobre 1989, "*Voyage au pays des sorciers*", TFI - décembre 1989.

(15) *L'Événement du jeudi*, op. cit. pp. 91 et 76.

actuellement avec toutes les traditions astrologiques, voyance, numérologie, cartomancie, interprétation des rêves, radiesthésie, jeux, tests... La moitié de ces services dépendrait, selon une enquête, de groupes de presse, le reste appartenant à de gros fournisseurs télématiques. Lorsque les 23 millions d'abonnés téléphoniques seront équipés d'un minitel, le maximum d'audience et de consommateurs sera peut être atteint... Les "consommateurs" du surnaturel ont des traits communs, que des sociologues ont montrés.

§ 2 - Un constat sociologique

*"Je ne suis pas superstitieux,
cela porte malheur"*

F. BLANCHE

10 - De nombreuses études sociologiques menées depuis une trentaine d'années au moyen d'enquêtes par sondages ont eu pour but, de connaître l'impact d'une croyance ou d'une pratique précise (de l'existence du diable à la pratique de l'astrologie) et de définir quels sont les groupes sociaux les plus concernés.

Le principe de ces sondages consiste à interroger un échantillon représentatif de la population nationale suivant la méthode dite "des quotas" puis de généraliser les résultats obtenus à l'ensemble de la population. Après avoir été moins pratiqué au cours des années 1970-1980, ce type d'enquête tend à dépasser actuellement le rythme d'une étude annuelle car les sociologues manifestent le plus vif intérêt au phénomène général des croyances dites "superstitieuses" et paranormales (16).

Après avoir brièvement énuméré les différentes études disponibles en France nous envisagerons les résultats obtenus.

11 - Les études disponibles. Une première enquête I.F.O.P. en 1963 comportait des questions sur la connaissance, la pratique et la croyance astrologiques. Une enquête I.R.E.S. Marketing en 1967 eu le même objet. Abordant le thème général des comportements à l'égard de la science et des questions sur le paranormal (fantômes, tables tournantes, télépathie et sorcellerie) et sur l'astrologie une vaste enquête SOFRES fut menée en 1982 puis en 1985 (17). La même année, une enquête Gallup s'intéressa de nouveau à l'astrologie et les Français. Dernièrement, en 1989, une enquête SOFRES s'est intéressée aux croyances surnaturelles (18) et un sondage - Louis - Harris sur

(16) F. Askevis - Leherpeux, *La superstition*, coll. Que sais-je ?, Paris, P.U.F., 1988, p. 85 et s., cf également *"La superstition : étude de ses connexions avec la religion et la science"*, thèse de doctorat, Université Paris VIII, 1982.

(17) Citées par F. Askevis - Leherpeux, op. cit., p. 88, cf D. Boy et G. Michelat, "Croyances aux parasciences : dimensions sociales et culturelles", *Revue française de sociologie*, 1986, 27, 175 - 204 ; *Sciences et avenir*, janvier 1986, "L'irrationnel face à la science" et, *L'Express*, décembre 1985, "L'astrologie" 1989.

(18) *L'Express*, Les Français et le surnaturel", sondage exclusif, op. cit.

le diable a été publié en 1990 (19). Le trait commun de ces études est de s'intéresser à la voyance, à l'astrologie et aux croyances superstitieuses permettant une vue générale de la question .

12 - Les résultats disponibles. Globalement sur une trentaine d'années, les résultats ont peu évolué. Ainsi la croyance en une prédiction de l'avenir ou du caractère par les signes astrologiques demeure stable et forte si on y inclue la simple lecture des horoscopes (moins de 30 % en 1963, 23 %, en 1982 et 22 % en 1985 comme en 1989). Mais selon un hebdomadaire, 73 % des Français consultent à l'occasion l'horoscope de leur journal en 1989 (20) (pour 60 % en 1967). De plus, la pratique augmenterait relativement peu quand on sait que la proportion d'hebdomadaires et de quotidiens possédant une rubrique astrologique est passée de 1/3 à 2/3 entre 1960 et 1980 et que le nombre de professionnels atteignait 50.000 personnes en 1980 après avoir quadruplé en 10 ans. Enfin, les personnes qui sont allées au moins une fois dans leur vie se faire prédire l'avenir se stabilise autour de 10 %. Cependant, nous retiendrons plus en détail les principales variables se corrélant avec les sciences occultes et la superstition en général (21) comme les variables démographiques (sexe/âge) et sociales (origine sociale, instruction, niveau socio professionnel).

1) Les variables démographiques

Le rôle du sexe et de l'âge est symptomatique dans la croyance aux sciences occultes de la prépondérance de l'impact de crédulité chez les femmes et les jeunes.

13 - Des femmes plus crédules. Déjà en 1887, lors du premier rapport du comité de psychologie expérimentale on signalait que la tendance à la superstition était deux fois plus forte chez les femmes que chez les hommes (22). Depuis, la plupart des enquêtes n'ont fait que confirmer la plus grande crédulité des femmes. Dans le sondage de 1989, 42 % des hommes et 49 % des femmes croient au moins à l'un des phénomènes suivants : envoûtement, sorcellerie, table tournante, télépathie, fantôme. Quant à l'astrologie, 29 et 49 % respectivement des personnes y croient. En 1986, la croyance au paranormal était majoritairement féminine (64 %) contre 51 % de masculine (23). Ce chiffre se confirmerait en milieu étudiant, mais les études psychologiques planifiées nuancent le résultat en affirmant que la différence s'estomperait plutôt et deviendrait moins systématique à propos des

(19) *Panorama*, "Le diable", op. cit., pp. 6-9.

(20) *L'Événement du jeudi*, op. cit., p. 76.

(21) Si l'on retient l'origine latine, *superstare*, "se tenir dessus", la superstition renverrait à un dépassement dans les croyances et les pratiques des limites du juste et du raisonnable.

(22) F. Askevis - Leherpeux, op. cit., p. 95 et s., avec d'excellents tableaux comparatifs par thèmes et par années.

(23) D. Bloy et G. Michelat, op. cit., E.D.J. op. cit., p. 79.

controverses scientifiques (24). Les raisons invoquées pour expliquer ces chiffres (manque de scepticisme, plus grandes incertitudes et frustrations sociales, modèle d'éducation...) sont controversées.

14 - Des jeunes plus crédules. En 1989, 55 % des 18-24 ans croyaient majoritairement au paranormal et 47 % à l'astrologie contre 33 % de personnes âgées de plus de 70 ans (25). Les études antérieures confirment cette tendance avec une préférence pour la consultation personnifiée assistée par ordinateur. Les études psychologiques parviennent à la même idée selon laquelle l'âge serait un modérateur de la croyance. Des raisons tenant en niveau d'études, à une "contre culture" s'opposant au rationalisme et aux valeurs religieuses traditionnelles pourraient expliquer et nuancer ces résultats, ce qui nous amène à l'étude des variables sociales.

2) Les variables sociales

15 - Le savoir. Le paramètre de l'instruction (années d'étude, niveau de formation scientifique...), présuppose une conception intellectualiste suggérant que croire en des sciences occultes témoignerait d'une rupture de la pensée logique qui, seule, mesurerait ce décalage et permettrait de le faire disparaître. Contre toute attente, les enquêtes démontrent que la croyance au paranormal augmente comme les connaissances scientifiques avec le niveau d'études. Ces croyances ne seraient donc pas vécues contradictoirement mais parallèlement à la science classique. En effet, l'astrologie et la voyance ont un impact maximal auprès des personnes ayant un niveau d'études secondaire (26). Par contre, le niveau de formation scientifique et des attitudes face à la science ne diminuent que légèrement la croyance à l'astrologie et au paranormal. Ainsi, en 1989 et en 1986, environ 46 % des personnes d'un niveau supérieur scientifique croient au paranormal mais pas à l'astrologie (27 %) et 54 % d'entre eux ont une formation littéraire (27). Il semble donc qu'il n'existe pas de relation simpliste et automatique entre le scepticisme et le degré d'instruction. Des auteurs s'interrogeant sur le succès de l'occulte chez les personnes d'un niveau d'études secondaires, ont pu déplorer le manque d'esprit critique et M. J. Vernet a pu écrire que "*le contexte culturel de l'éducation en France atrophie le sens symbolique, poétique, philosophique, au bénéfice de la formation purement technique. Il en prédispose beaucoup à accueillir la première proposition parareligieuse neuve sans disposer d'éléments critiques pour discerner. Dès lors nous fabriquons allègrement des générations d'analphabètes spirituels et préparons la clientèle potentielle des mages*" (28).

(24) F. Askevis - Leherpeux, in *ibidem*, p. 97 et s.

(25) L'Express 1989, op. cit., p. 54 et s.

(26) F. Askevis - Leherpeux, op. cit., p. 105 et s.

(27) L'Express, op. cit., p. 54 et l'E.D.J., op. cit., p. 79.

(28) J. Vernet, "Formes archaïques du retour du religieux. La séduction de l'occulte et de l'étrange", *Etudes*, 1985, p. 362.

16 - L'origine sociale. Il semble également que le taux de croyance le plus élevé soit à observer chez les personnes dont le père est employé. A l'inverse chez les sujets d'origine agricole s'affirment plus de réserves par rapport à l'astrologie comme au paranormal (29). Ainsi il apparaît que la croyance au paranormal (télépathie, psychokinèses...) est plus spécialement l'apanage des classes moyennes et supérieures alors que les classes populaires sont plus portées vers les horoscopes (30).

17 - Ce sont dans les grandes villes que le taux de croyance au surnaturel et la consultation astrologique sont les plus forts contrairement à l'idée reçue du paysan croyant en la sorcellerie (31).

18 - Sur le plan des opinions politiques, on constate que ce sont les écologistes à 61 % qui sont attirés par le surnaturel et l'extrême droite avec 50 % arrive en tête pour la croyance en l'astrologie (32). Sur le plan des opinions religieuses on note que les catholiques pratiquants sont les moins crédules aux sciences occultes. Cependant 37 % des Français croient en l'existence du diable et 10 % ont l'impression d'être, par moments, sous une influence diabolique et s'adresseraient à un exorciste (33). En définitive l'ensemble de ses variables interagissent d'une manière complexe et il convient d'y inclure l'environnement physique et la personnalité de chaque individu. Vouloir réduire l'angoisse résultant soit d'un sentiment d'impuissance soit d'un état d'incertitude permettrait en donnant à l'homme l'illusion de contrôler les événements importants d'une vie, de s'adapter à son environnement physique et social et expliquerait nombre de résultats statistiques (34). Des philosophes s'interrogeant sur l'irrationnel en ont tiré des conséquences.

§ 3 - Un constat philosophique

"Toute la force de l'incrédulité est en ceci qu'on ne veut point consulter l'oracle ; dès qu'on le consulte, il faut y croire un peu".

ALAIN, "*Propos sur le bonheur*",
chap. VII "*Crainte est maladie*"

19 - Le monde ordonné, structuré, mécanisé qui nous entoure quotidiennement même s'il peut apparaître à certains comme inhumain

(29) F. Askevis - Leherpeux, op. cit p. 111 et s., L'Express, op. cit., p. 66.

(30) L'E.D.J., op. cit., p. 78.

(31) F. Askevis - Leherpeux, in ibidem, p. 112.

(32) L'Express, op. cit., pp. 56 et 54. On connaît le grand intérêt qu'Hitler portait à l'astrologie et d'une manière générale le nazisme sur les sciences occultes, cf N. Goodrick - Clarke, "*Les racines occultistes du nazisme*", coll. Rix, éd. Pardès, Puiseaux 1989, thèse de doctorat en philosophie, Oxford, 1985. Nos hommes politiques, paraît-il, consulteraient les voyantes et les astres.

(33) *Panorama*, "Le diable", op. cit., pp. 7 et 8, Hitler est à 42 % le personnage le plus diabolique.

(34) F. Askevis - Leherpeux, op. cit., pp. 122, 123.

ou absurde permet de prévoir avec une approximation suffisante les résultats probables de nos actions. De nombreux objets, outils technologiques qui partagent notre vie supposent le travail de la raison humaine et permettent que notre réflexion s'y adapte par des notions claires, nettes, accessibles à l'analyse, communicables à autrui. Cependant, l'homme est-il lui-même toujours rationnel dans ses comportements, dans cet univers "humanisé", et pour partie rationalisé ? Sa raison lui fournit-elle toujours les principes de la connaissance certaine et de l'esprit juste et lui permet-elle d'échapper par son pouvoir critique aux illusions que son imagination et son affectivité ont créées ?

20 - Beaucoup de nos comportements semblent, au contraire, échapper au contrôle de cette raison. A cet égard, la croyance et la pratique des sciences occultes sont l'un des aspects de l'irrationnel car ils ne peuvent être entièrement expliqués par un raisonnement et un discours logique, leur objet, leur motivation restent obscurs pour la réflexion. Ainsi, le philosophe abordant le thème de la pensée magique et occultiste par rapport à la notion de raison, ne peut que constater sa survivance. En effet, la pensée magique occulte et la pensée rationnelle peuvent coexister dans l'esprit de l'homme moderne. L'intelligence est destinée à dominer les choses, maîtriser le cours des événements et sa puissance croît en raison directe de sa science. Or dans notre civilisation occidentale, l'univers tend de plus en plus à prendre la forme d'un immense mécanisme d'une grande complexité. Si la magie a reculé devant ce progrès continu de la science, le monde vécu est loin d'être toujours compréhensible pour l'individu. Quand celui-ci rencontre l'inconnu et l'imprévisible, il a tendance alors à retomber dans une "mentalité magique". La partie de l'expérience sur laquelle nous ne pouvons agir physiquement sera traitée psychologiquement. De plus, la place que nos sociétés accordent au hasard ou à la chance, s'élargit dans de nombreuses activités de l'homme moderne. Presque tous les joueurs sont superstitieux comme les acteurs. On recherche la confiance, à défaut de puissance, en attribuant un pouvoir bénéfique à toutes sortes d'objets porte-bonheur, talismans ou comportements. L'insatisfaction de nos désirs de bonheur, de santé, de richesse, d'amour qui ne demandent qu'à être apaisée, se retrouve alors, comme "par magie" dans l'essentiel de l'activité des voyants, astrologues, chiromanciers, mages ou sorciers qui savent exploiter en partie notre incapacité à réfléchir, à adopter une attitude critique, objective.

21 - Ni la science, ni la raison ne peuvent en effet répondre à la satisfaction de nos désirs les plus fondamentaux. L'image du monde, que la science et la technique nous renvoie, est, par sa complexité, inaccessible à la plupart d'entre nous. Les conséquences du "progrès" sont dès lors plus effrayantes et angoissantes que rassurantes (nucléaire, manipulations génétiques...). C'est pourquoi l'homme conserve cette attitude ambivalente, faite d'attrance et d'effroi devant la science, la technique moderne et devant les puissances occultes qui gouvernent le monde.

22 - En outre, l'astrologie, pour M. Eliade, remplit une fonction "parareligieuse" (35) qui permet à l'individu de n'être plus anonyme, comme le décrivait Heidegger ou Sartre, de ne plus constituer un étranger jeté dans un monde absurde et vide, condamné à la liberté, une liberté restreinte à une situation et conditionnée par l'histoire. Au contraire, découvrir que votre vie est liée aux phénomènes astraux montre à quel point vous êtes intimement lié à l'univers tout entier. De plus, toujours selon Eliade, la dimension parareligieuse de certaines sciences occultes n'entraîne aucune difficulté théologique : existence d'un Dieu personnel, énigme de la création, origine du mal... Se conformer à un horoscope conduit à l'harmonie avec l'univers sans problème métaphysique insurmontable. Cette valorisation du moi s'intensifie encore plus par la pratique de la magie et de l'occultisme. Des philosophes dénonçant "le crépuscule de la raison" ont pu militer pour un retour à un rationalisme plus combatif confinant à l'athéisme (36) et dénonce le reflux de la pensée rationnelle où le citoyen ne se demande plus "ce qu'il peut faire mais ce qui peut lui arriver". Ces brefs rappels de généralités soulignent que le droit ne peut faire l'économie d'une prise de position philosophique pour aborder la question des sciences occultes. A cet égard toute l'évolution historique de son rôle témoigne implicitement de l'importance des postulats religieux et philosophiques qui ont marqué des siècles de gloire, de luttes, de dépressions et de résistances.

Section 2 - La permanence du phénomène

Phénomène strictement humain et universel, les sciences occultes, lato sensu, remontent à la nuit des temps dès que l'homme a désiré conquérir l'univers. Les premières traces d'une volonté humaine de soumission des forces surnaturelles, occultes, immanentes au monde par des pratiques, des rites se rencontrent dès la préhistoire. Cependant, dans un souci de clarté, nous limiterons cet aperçu historique aux rapports qu'ont entretenus le droit, le pouvoir et les sciences occultes comprises comme l'ensemble des arts divinatoires, la sorcellerie et la pensée magique, enfin l'occultisme proprement dit plus tardif.

§ 1 - Les arts divinatoires

"Vous ne pratiquerez ni divination, ni incantation" (Lév. XIX, 26)

"Ne vous tournez pas vers les spectres et ne cherchez pas les devins, ils vous souilleraient" (Lév. XIX, 31)

"Celui qui s'adressera aux spectres et aux devins pour se prostituer à leur suite, Je me tournerai contre cet homme-là et

(35) M. Eliade, op. cit., p. 82 s.

(36) M. Maschino, *Le monde diplomatique*, Le crépuscule de la raison, juin 1980, p. 10 et le récent ouvrage de M. de Dieguez, *"Le combat de la raison"* Albin Michel, Paris, 1989.

Je le retrancherai du milieu de mon peuple" (Lev. XX, 6).

23 - L'antiquité. La divination antique est caractérisée par son lien étroit avec la religion. L'âge d'or des sciences occultes réside dans les civilisations sumériennes, assyriennes, égyptiennes et chaldéennes dès 3.000 av. J.C. En effet, tous les procédés de divination trouvent leur origine à Babylone. Les méthodes d'examen des entrailles, du foie surtout, des animaux, l'explication de tous les signes et événements, l'interprétation des rêves ont été élaborés, préconsignés dans des manuels (37) à partir de 650 av. J.C. Les grands prêtres avaient alors le monopole de la divination et de la magie qui leur conféraient le pouvoir "des Dieux". Cette magie cérémonielle était inséparable d'une religion foncièrement naturiste chez les sumériens, astrale chez les sémites. Le Code d'Hammourabi prévoit que "si un homme a incriminé un autre homme et a jeté sur lui un maléfice... celui qui l'a incriminé est passible de mort". (2.000 av. J.C.). On voit que les prêtres retournaient les maléfices lancés par des "sorciers" conjointement à une répression pénale. La magie divinatoire, et en particulier astrologique, joue un rôle politique immense. Les devins forment une caste sacerdotale consultée pour les affaires de l'État. Les astrologues fournissent régulièrement des rapports officiels, se prononcent sur l'opportunité d'une bataille ou d'une guerre. Il semble que c'est la loi mosaïque contenue dans l'Ancien Testament qui fut la première source de prohibition générale de la divination ; ces coutumes "païennes" étaient considérées comme de graves manquements au monothéisme et sanctionnées très sévèrement.

24 - L'antiquité grecque. Mais le monde grec, en relation constante avec l'Orient, a transmis l'héritage babylonien à tout le Bassin méditerranéen et, par là, au monde romain. Selon M. Bloch (38), deux modes fondamentaux de divination ont été mis à l'honneur suivant les civilisations. D'une part, il existe la divination dite inspirée, avant tout apollinienne et delphique que privilégie la Grèce, et qui consiste pour un fidèle ou un prêtre à recevoir l'influx divin après s'être mis en condition suivant des règles variables selon les lieux et les époques, et d'autre part la divination dite inductive ou par les signes, prisée chez les Romains et consistant en la pratique de toutes les mancies basées sur l'interprétation des signes. Dans ce cas, la divinité a inscrit sa volonté et annoncé le futur dans tel ou tel ordre de la nature et de sa symbolique. Mais en Grèce comme en Égypte ou en Assyrie, il n'existe d'autre différence entre la religion et la magie que celle des pratiques criminelles (magie noire, géotie) et des cultes licites et bien-faisants. Cependant l'originalité de la Grèce réside dans l'attitude de son élite vis-à-vis de l'occultisme car pour la première fois, le problème

(37) J. et A. Dessuart, *"La voyance"*, coll. Que sais-je ?, P.U.F., Paris, 1980, p. 98 et s. On consultera également dans la même collection *"La magie"* de J.A. Rony, 1979, p. 31 et s., *"La sorcellerie"* de J. Palou, 1985, p. 29 s. et *"La divination dans l'antiquité"*, R. Bloch, 1984.

(38) R. Bloch, *La divination dans l'antiquité*, op. cit., p. 6.

de son efficacité magique est posé. Dès le VI^{ème} siècle, l'École ionienne ne voit dans les astres que des météores. Si Platon, Aristote et les Stoïciens rétablissent la notion d'âme dans le ciel, le souci d'une astronomie positive est également présent. Ainsi les premières spéculations scientifiques se dégagent lentement de l'atmosphère magique (Pythagore, médecine pré-hippocratique...). Héraclite et Xénophane au VI^{ème} siècle ironisent sur l'idolâtrie et les purifications symboliques (39). On ne tarde pas alors à condamner la prolifération des cultes magiques, source d'associations privées dangereuses pour la cité. Cependant "l'idolâtrie" officielle est encouragée. Ainsi, les Grecs craignent que le peuple soit alors conduit au scepticisme sophistique négateur du caractère divin des institutions.

25 - L'antiquité romaine. A Rome, les empereurs se réservent les services des mages et des devins qui les inspirent dans la voie politique à suivre. Ainsi Auguste consulte l'astrologue Théogène et jusqu'au III^{ème} siècle la divination est très pratiquée. Diverses lois répressives tendent à assurer aux devins officiels, un monopole de consultation des empereurs. Le droit romain, notamment par l'empereur Auguste (27, 24 av. J.C.), interdit la prédiction de la mort de personnes vivantes, toutefois ce dernier porte des amulettes et se fait établir un horoscope. L'empereur Tibère (14, 37 av. J.C.) condamna à mort de nombreux astrologues, mais en avait un de réservé. Certains devins sont condamnés à l'exil. De même, la loi des XII tables en 454 punit les enchantements destinés à s'approprier la récolte d'autrui et toutes les formules magiques contre les personnes ("devotio" d'un ennemi). Lorsque les cultes étrangers pénètrent Rome, les pouvoirs publics s'ils ne les intègrent pas au culte officiel, sont aussi sévères pour les cultes privés que pour la magie noire. C'est ainsi que le sénatus-consulte des Bacchanales en 186 interdit la célébration du culte dionysiaque ; en 139, un édit interdit le séjour en Italie aux astrologues, en 81 ; la loi de Sylla "De sicariis et Veneficiis" réprime deux délits magiques : le "veneficium" ou empoisonnement avec ses corollaires que sont l'avortement, les philtres d'amour etc... et le meurtre par sorcellerie. En 16, le sénatus-consulte "contre les Astrologues et les magiciens" prévoit la confiscation des biens et la mort si le coupable est étranger. Grâce au jurisconsulte Julius Paulus, on connaît l'essentiel de la législation du III^{ème} siècle en matière de magie et de sciences occultes. Consulter les devins sur la vie de l'empereur ou sur toute question d'intérêt général est une faute capitale. L'exercice de la magie est réprimé par le supplice du feu, enfin, la simple connaissance des sciences occultes entraîne la mort, la relégation ou les travaux forcés. Cependant, une telle sévérité n'empêche pas les progrès de la superstition, ni la multiplication des devins et des sorciers comme en témoigne la littérature classique (Virgile, Horace...). Les empereurs entendaient par là conserver le monopole de la sagesse et des conseils judicieux et maintenir leur pouvoir (40). La divination se verra à nouveau universel-

(39) "Se purifier dans le sang lorsqu'on est souillé, c'est comme si l'on se lavait dans la boue lorsqu'on entre dans la boue", Héraclite.

(40) R. Bloch, "La divination dans l'antiquité", op. cit., p. 119 et s.

lement condamnée moralement (alors que les Grecs l'avaient condamnée plutôt au nom de la science, et les romains politiquement) avec l'avènement du christianisme.

26 - Le christianisme. Avec les III^{ème} et IV^{ème} siècles de notre ère, s'ouvre une grande époque de crédulité. La critique épicurienne et sceptique perd de l'audience. La pensée, qu'elle soit chrétienne ou païenne, est plongée dans le merveilleux et le surnaturel ; les uns interdisent la magie comme sacrilège, les autres distinguent la théurgie et la magie noire, seules condamnables, mais tous croient à l'efficacité des sortilèges. Le christianisme reprenant la loi mosaïque et la démonologie hébraïque entend lutter contre la divination et à travers elle contre le paganisme.

Les IV^{ème} et V^{ème} siècles connaîtront une sévère lutte menée par Saint Basile, Saint Augustin, Saint Ambroise et l'influence grandissante de l'Église catholique. L'édit de Milan en 313 oblige l'Empereur Constantin à protéger l'Église contre les hérésies. En 319, il condamne à mort les devins et à la déportation ceux qui les consultent ; son fils, Constance, accentuera cette position inaugurant une ère de répression qui allait durer plusieurs siècles. Les conciles d'Agde (506), d'Orléans (511) et d'Auxerre (578) excommunient les devins ainsi que leurs clients et sont déclarés inaptes à témoigner en justice. Mais le concile d'Elvire en 305, condamnant les pratiques occultes laissait entendre qu'elles étaient efficaces comme certains écrits de Clément d'Alexandrie ou de Saint Augustin (41). Le christianisme a dû combattre, en effet, à ses débuts la pensée magique et la gnose. A partir de Constantin, les Empereurs Chrétiens confondront, de plus en plus juridiquement, les crimes de magie et le culte païen. Ce dernier encore libre en 319 - 320 malgré la condamnation de la divination privée et de la magie criminelle, sera interdit complètement avec Constance qui ne tolère aucune forme d'haruspicine et de magie, publique ou privée et Théodore en 392 qui prohibe tous les autres actes privés de dévotion païenne. De cette date jusqu'au VI^{ème} siècle où Justinien prononce la fermeture de tous les temples, le culte païen disparaît progressivement connaissant le sort de toute décadence en face de nouvelles croyances en devenant synonyme de magie. Les "pagani" (les paysans) qui observent encore des rites dans les campagnes finiront par justifier eux-mêmes les accusations de magie noire portées contre eux par les chrétiens.

27 - Le Moyen Age et la Renaissance - Du VI^{ème} au XII^{ème} siècle. L'âge d'or de la magie doctrinale et des arts divinatoires était révolu pour des siècles en Occident, car le polythéisme était officiellement proscrit. La tradition occultiste devint alors l'héritage des Arabes en pays conquis comme la tradition hellénistique de Syrie, d'Égypte, de Perse. Ceux-ci distinguaient bien comme leurs prédécesseurs la magie divine opérant par la vertu des mots sacrés et des talismans et la magie diabolique, invocatrice des "djinnns". L'occultisme savant (traité de magie du X^{ème} siècle et d'astrologie, d'alchimie,

(41) Cités in J.A. Rony, "La magie", op. cit, pp. 42, 45.

XIIIème siècle) pénétrera à nouveau en Occident par l'Espagne à partir du 1085 (reconquête de Tolède). De plus, le mouvement Kabbalistique juif commencera à se diffuser. Les croisés ramenèrent ainsi des ouvrages arabes d'occultisme de Terre-Sainte. Dans le monde médiéval, la magie se dissimule encore sous le couvert de la religion même (culte des saints prolongeant des rites païens, signes de croix, eau bénite cotoyant incantations et amulettes...). L'ensemble des pratiques, que l'Église considérait comme impures et impies, se retrouvait dans ce qu'on allait appeler la sorcellerie. Grégoire III interdit les sacrifices aux fontaines et aux arbres, les maléfices, ainsi que la divination, et prévoit des peines et des punitions proportionnées aux infractions. Les capitulaires de Charlemagne et de ses successeurs deviennent les bras séculiers contre les magiciens. La conquête spirituelle et temporelle de l'Europe étant opérée, l'Église rend peu à peu la divination hérétique et blasphématoire. Les choses cachées, les événements ne peuvent qu'échapper à l'esprit humain, Dieu seul les connaît à l'avance. Dès lors prédire l'avenir suppose une possession satanique. Tout phénomène inexplicable par des lois naturelles connues est souvent attribué au diable. La divination commence à être identifiée à la sorcellerie. Saint Louis, instigateur de l'Inquisition, combat outre les hérétiques, les mages et les devins. Cependant, il semblerait que certains papes (Paul III, Jules II et Léon X) furent des consultants de Mgr Luca Gaurico (1476-1558), archevêque et astrologue. Petit à petit, la divination continue sa propagation dans les différentes classes sociales, des "médecins - alchimistes - astrologues" apparaissent dans les principales cours d'Europe et font fortune. De nombreux rois (Robert le Pieux, Louis VII, Louis IX, Charles V le Sage ou Louis XI...) furent assistés d'astrologues et de devins.

28 - A partir de 1450, la divination grâce à un nouveau support de diffusion, l'imprimerie, connaîtra un immense essor. Avec les traités d'astrologie, les almanachs et les livres de divination, les grands maîtres occultistes intellectualisent la magie suscitant l'intérêt des grands et des petits des royaumes (42). La plupart des devins à cette époque étaient d'origine italienne (comme le mage florentin Come Ruggieri qui conseillait Catherine de Médicis). La publication des célèbres "centuries" de Nostradamus durant la Renaissance allait également marquer les siècles suivants. Mise à part "la chasse aux sorcières" du XIIIème au XVIème siècle qui sera envisagée distinctement de nombreux conciles et ordonnances royales renouvellent régulièrement les interdictions et les anathèmes contre la divination. En 1666, Colbert chasse les astrologues des universités : l'astrologie et l'astronomie se séparent. Cependant, la pratique de la "bonne aventure" popularisée par la figure de la "gitane" est devenue courante comme en témoigne un édit de juillet 1682 émanant de Louis XIV "pour la punition des empoisonneurs devins et autres" (magiciens, enchanteurs, sorciers...).

(42) Cf R. Mandrou, *"De la culture populaire aux XVIIème et XVIIIème siècles : la bibliothèque bleue de Troyes"*, Stock, Paris 1964, pp. 55 à 63 et 149 à 163. Cf également du même auteur, *Introduction à la France moderne : 1500-1640 "L'évolution de l'humanité"*, Albin Michel, Paris, 1974, pp. 309 à 315 et 325 et s.

Mais cet édit marque une modification importante des mentalités, les mages, devins et sorciers ne sont que des charlatans, la sorcellerie, un crime imaginaire, quant à la divination, c'est une imposture interdite de la manière suivante : "Art. I : Toutes personnes qui se mêlent de deviner et se disent devins ou devineresses, videront incessamment le royaume après la publication de notre présente déclaration, à peine de punition corporelle".

Enfin les crimes de magie relèveraient désormais des juges laïques et non des juges ecclésiastiques.

29 - Les temps modernes. La révolution cartésienne fait disparaître chez les esprits cultivés, pour près de deux siècles, les prestiges conjugués de l'occultisme et de la magie. La base théorique de ce monde se dérobe, les forces surnaturelles disparaissent du monde matériel réduit à l'étendue et au mouvement et se réfugient dans l'espace mental d'une âme rigoureusement distincte du corps. Dès lors, toute magie naturelle ou sorcellerie devient absurde et relève du pouvoir de l'imagination, devenue une forme de représentation et non une fonction naturelle exerçant une action réelle sur la nature (43). L'insertion vécue de l'homme dans le monde, base de la magie archaïque, incarnation naturelle des idées, fondement de la magie néo platonicienne disparaissent selon les cartésiens devant l'organisation idéaliste de l'expérience : il y a désormais le domaine intérieur de la conscience et celui du monde physique étrangers l'un à l'autre. Si la magie naturelle fut discréditée, la magie cérémonielle demeura encore largement d'actualité (apparitions diaboliques, visions, miracles...) : ce que la nature ne pouvait faire n'était-il pas possible aux démons invoqués par le magicien ?

30 - Le XVIIIème siècle, jusque vers 1750, continue le mouvement critique ou sceptique. Diderot, Voltaire après Bayle et Fontenelle tiennent occultisme et magie pour charlatanisme et superstition. Le Rica des "Lettres Persanes" se moque des amulettes et des talismans, de la "panacée universelle" et du commerce des esprits. La magie de campagne devient de plus en plus urbaine, parisienne ou lyonnaise. Au milieu du siècle déferle sur l'Europe intellectuelle l'illumination, renouveau du néo platonisme combiné à une inspiration chrétienne gnostique (idée d'unité cosmique, analogies universelles, retour au paradis perdu...) se traduisant par un renouveau de la magie cérémonielle. C'est également à la même époque qu'apparaît le "mesmérisme", la magie naturelle de la Renaissance : le magnétisme permettant les guérisons les plus incroyables (mais aussi la voyance, la télépathie, la radiesthésie...). Malgré sa dimension scientifique (nous sommes au XVIIIème siècle), l'interprétation du magnétisme démontre la persistance de la pensée magique, c'est une panacée, un fluide pour tous usages symbolisant un désir, une volonté. Les cartomanciens, les astrologues, les chiromanciens deviennent des professionnels reconnus pratiquant des tarifs variant selon le quartier et la clientèle. Ils ont perdu

(43) Cf. par exemple, Fontenelle, "*L'histoire des oracles*" (1686) dans lequel il vulgarise les méthodes scientifiques en raillant les prétendus "phénomènes surnaturels" (lorsqu'il raconte la célèbre histoire de la dent d'or).

leur caractère "diabolique" et s'organisent suivant des formes modernes.

31 - Le XIX^{ème} siècle. Le Code pénal de 1810 reprenant les idées de l'édit de Louis XIV ne s'intéresse à la divination non plus pour des raisons politiques ou religieuses mais parce que les voyants sont considérés comme des escrocs abusant de la crédulité des gens pour les tromper et leur soutirer de l'argent. Sans envisager les rapports de filiation existants entre le romantisme, la théorie politique de J. de Maistre et la pensée magique, on peut noter que celle-ci demeure privée de commentaires métaphysiques originaux, d'influence politique, qu'elle est toujours condamnée par les églises et de plus en plus menacée par les progrès de l'instruction élémentaire. Les termes devins, sorciers, mages sont remplacés par ceux de médiums, extralucides, voyants. C'est la grande époque du spiritisme et de l'occultisme que nous envisagerons plus loin.

§ 2 - La sorcellerie

32 - Le phénomène de la sorcellerie pose en premier lieu un problème de définition. Le terme "sorcier" semble apparaître pour la première fois, en 589 pour désigner scientifiquement celui qui, dans les campagnes, essaie de commander les forces du mal en perpétuant des anciennes traditions religieuses païennes ou druidiques, mais aussi, se prononce pour une révolte sociale et religieuse qui parodie la religion culturellement dominante (44). Bien qu'étroitement mêlés aux magiciens, les sorciers s'en distingueront progressivement pour désigner la mise en œuvre de croyances, de techniques et d'arts magiques, finalisés par la réalisation du mal alors que le bien était réservé aux magiciens. Au Moyen Age, les puissances du malin pouvaient aussi s'emparer d'un sujet, parler par lui, agir sur lui, les "possessions", surtout des femmes, désignaient aussi la sorcellerie. En Europe, son histoire, son étude, son interprétation et sa compréhension ont été profondément marqués par la terrible répression dont elle fut l'objet du début du XVI^{ème} siècle jusqu'à la seconde moitié du XVII^{ème} siècle. L'historiographie a posé le problème de la nature de la sorcellerie entre obscurantisme et révolution mentale. Selon M. Mandrou (45), les épidémies de sorcellerie sont révélatrices d'une grande mutation sociale, les procès en sorcellerie sont des dérivatifs pour désigner comme bouc émissaire, le sorcier.

33 - La "chasse aux sorcières" s'inscrit dans une époque troublée par des désordres, des révoltes, des mouvements hétérodoxes. En 1486, les inquisiteurs font paraître le "*Malleus maleficarum*", inspiré par la bulle du pape innocent VIII, "*Summis desiderantes affectibus*" (1484), dans lequel on trouvait les moyens infaillibles

(44) J. Palou, "*La sorcellerie*", coll. Que sais-je ?, P.U.F., 7^{ème} édition, p. 8 et s. En Grèce, les "Sorcières de Thessalie" étaient célèbres.

(45) R. Mandrou, "*Magistrats et sorciers en France au XVII^{ème} siècle*", Plon, Paris 1968.

d'identification des sorcières et la base de toute la procédure pénale contre la sorcellerie. En réalité, dès le VIII^{ème} siècle, on trouve des traces de peur des sorcières chez les peuples récemment christianisés poussant les populations à la répression, si bien que Charlemagne dût interdire que les sorcières soient livrées au feu dans son capitulaire saxon. Cependant c'est à partir du XIII^{ème} siècle, à la suite de la diffusion de la magie orientale, des hérésies cathares et albigeoises conférant au Mal un rôle déterminant dans le monde, que la sorcellerie cristallisera une répression d'origine ecclésiastique sans précédent. Le premier procès officiel de sorcières eut lieu à Trèves en 1235 et en 1275, fut brûlée à Toulouse la première d'entre elles. Assimilée à l'hérésie, la sorcellerie fut combattue par le pape Jean XXII en 1330, les Templiers et Jeanne d'Arc en furent accusés. La persécution massive des sorcières ou de simples malades prétendues telles commença à partir du XV^{ème} siècle. Le Saint office fit alors brûler près de 30.000 personnes et environ un million d'inculpations furent opérées dans l'ensemble de la chrétienté entre 1600 et 1700. Le Concile de Bourges, en 1584, s'attaque aussi à leur clientèle : "Vous ne souffrirez pas des sorciers et vous les ferez mourir. Toute personne qui ira consulter un devin sera punie de mort". Les inquisiteurs, lors des procès, passent d'une théologie cosmologique sur le Mal et le désordre du monde à une démonologie amalgamant hérésie et folie centrée sur un discours sexologique (46). En effet, les sorcières se réunissent hebdomadairement en sabbat, ont des rapports sexuels avec le diable, prennent des formes animales pour tromper les hommes ; la possession diabolique se découvre par des signes psychiques (perte de la raison) ou physiques (tâches sur la peau, insensibilité à la douleur). La réforme aggrava la répression dans les pays où le protestantisme s'affirmait, Luther et Calvin demandèrent des châtiments impitoyables pour les sorcières et cette tradition fut transmise dans le puritanisme anglais et américain (47).

34 - Mais à l'initiative d'un médecin calviniste allemand, J. Weyer, un courant de protestation et de démystification commença à s'affirmer au XVI^{ème} siècle. Des jésuites s'élevèrent contre les cruelles procédures de torture. En France, le pouvoir royal reprit à l'Église l'instruction des procès de sorcellerie et, en 1672, les magistrats furent plus circonspects envers les accusations, et commuèrent les peines de mort en bannissement. Les qualifications pénales encourues devenaient les délits de parole (injures, blasphèmes...), les empoisonnements opérés par bergers et le charlatanisme tombait sous le chef d'escroquerie (48). Sous l'influence de la pensée rationaliste, les procès disparurent peu à peu (les dernières exécutions eurent lieu en

(46) On sait que selon Michelet, "*Pour un sorcier, 10.000 sorcières*", la sorcellerie est une "*contre Église*" féminine, "*La sorcière*", présenté par R. Mandrou, Julliard, Paris, 1964.

(47) Cf. la célèbre affaire des sorcières de Salem en 1692 dans les colonies anglaises d'Amérique.

(48) R. Mandrou, "Magistrats et sorciers en France au XVII^{ème} siècle", op. cit., p. 487 et s.

France en 1718), ce qui fera dire à Voltaire "*qu'il n'y a plus de sorciers depuis qu'on a cessé de les brûler*".

35 - Le système des sorts jetés et levés vers le bonheur ou le malheur fonctionne toujours au XXème siècle dans le Berry et le Bocage (49). Les sorciers régulent les forces occultes, interviennent dans des processus complexes où les rapports de parenté, de successions, les problèmes de parcelles et de troupeaux sont impliqués. Le sorcier est de nos jours en réalité un désorceleur qui découvre, interprète et élimine le malheur de l'ensorcelé. L'invisible, l'espace vital, la force agissante d'une part et le visible, l'espace cadastré, le champ d'action, d'autre part constituent deux registres entre lesquels les sorts sont jetés et levés. Au Moyen-Age, et encore de nos jours, l'évêque diocésain nomme un ou plusieurs prêtres pour le ministère spécifique d'exorciste destiné à libérer une personne d'une possession diabolique ou d'un envoûtement. Aujourd'hui, le Code de droit canon de 1983 et la congrégation pour la doctrine de la foi rappelle qu'une personne ne peut légitimement prononcer des exorcismes sur des possédés s'il n'a pas obtenu de l'ordinaire du lieu une permission particulière et expresse. Le prêtre doit en outre se distinguer par sa piété, sa science, sa prudence et l'intégrité de sa vie (50). Il en existe une soixantaine en France s'occupant parfois chacun de 500 cas par an, constitués principalement par des personnes se disant envoûtées (51). Mais si les sorciers s'enracinent dans le monde rural, les villes allaient connaître le développement du spiritisme et de l'occultisme stricto sensu.

§ 3 - L'occultisme et le spiritisme

36 - Des tables qui tournent, des objets se déplaçant sans contact, des coups mystérieux frappés dans la nuit, les esprits répondent aux questions que leur adressent les contemporains du XIXème siècle renouant avec l'ancienne tradition de la nécromancie. Les "médiuims" multiplient les séances où ils sont animés par les esprits ; les écrivains comme A. France ou V. Hugo sont fascinés par tous ces phénomènes. Le spiritisme conduit à la divination en permettant aux supports médiumniques d'atteindre un état de transe, de dédoublement. Hippolyte Rivail, dit Allan Kardec, popularisa la doctrine ("Le livre des esprits" est publié en 1865) et sa tombe, au cimetière du père Lachaise fait l'objet d'un véritable culte. Le spiritisme suppose la croyance en la survivance de l'âme et en la réincarnation. Il utilise trois méthodes divinatoires :

- la graphomancie (écriture automatique sous la dictée de l'Esprit oui-ja)

(49) J. Favret-Saada, "*Les Mots, la Mort, les Sorts*", Gallimard, Paris, 1977 et "*Corps pour corps. Enquête sur la sorcellerie dans le bocage*". Gallimard, Paris, 1981. Récemment l'enquête ethnologique de D. Camus, "*Pouvoirs sorciers*", imago, 1989.

(50) P. Valdrini, J. Vernay, J.P. Durand, O. Echappé, "*Droit canonique*", Précis Dalloz, Paris, 1989, n° 473-bis et 465.

(51) *Panorama*, "Le diable" op. cit., pp. 24, 27 *La vie*, n° 2292, août 1989, p. 58.

- la typtologie (les tables tournantes, les verres...)
- l'incorporation (l'entité désincarné parle à travers le médium) (52).

37 - L'occultisme dont le spiritisme est l'aspect le plus marquant apparaît ainsi au XIX^{ème} siècle comme un phénomène philosophique qui s'apparenta à un syncrétisme de l'ensemble des littératures mysticomagiques et comme un phénomène sociologique qui réagit contre les excès dogmatiques de l'enseignement positiviste et du matérialisme scientifique. Contestation des valeurs techniques et scientifiques de la civilisation occidentale, l'occultisme souligna la permanence d'une religiosité différente des traditions chrétiennes. Son fondateur, Eliphas Lévi (du vrai nom d'A.L. Constant, 1810, 1875) posa avec Papus (le Dr G. Encausse), les bases doctrinales de ce mouvement qui consistaient à "rappeler au monde le principe de la fraternité humaine et combattre le matérialisme par la synthèse des systèmes philosophiques, religieux et scientifiques". La critique la plus radicale de ce mouvement fut menée par le spécialiste de l'ésotérisme traditionnel, René Guénon. De nombreuses supercheries furent démasquées par des scientifiques que des huissiers de justice ne voyaient pas (53).

38 - Le Code pénal continuait d'interdire la divination en 1958, l'article R. 34.7° reprendra le contenu de l'article 479.7° du Code pénal mais c'est surtout au moyen du délit d'escroquerie que sera réprimé "cartésienement" les spirites et l'ensemble des praticiens des sciences occultes. De nos jours, jamais la divination, la magie noire ou blanche et l'occulte n'ont autant été popularisés et banalisés socialement. La parapsychologie s'interroge sur l'ensemble des phénomènes "psi" et tente de déchiffrer les mystères par la science connue et non plus "occulte" (54). Après avoir envisagé les sciences occultes sous l'angle de l'histoire européenne, il convient afin de donner une vision aussi globale que possible du phénomène, de présenter celui-ci sous l'angle anthropologique. En effet, si les sciences occultes trouvent leurs racines dans les diverses traditions pré-chrétiennes de l'Occident, elles ont aussi été en grande partie le résultat et la mise en œuvre de traditions ésotériques orientales toujours vivantes.

(52) Y. Castellán, "*Le spiritisme*", coll. Que sais-je ?, Paris, P.U.F., 1987, 7^{ème} édition et J. A. Dessuart, "*La voyance*", op. cit., p. 42.

(53) A. Cuniot, "*Incrovable mais faux*" op. cit., p. 234. L'huissier intervient "uniquement pour constater que personne d'autre que le sujet ne touchait aux objets... mais pas pour vérifier l'expérience." ; H. Broch, "*Le Paranormal*", Le Seuil, 1989, p. 145 ; Y. Castellán, "*Le spiritisme*", op. cit., Les subterfuges, p. 96 s.

(54) Cf. Y. Castellán, "*La parapsychologie*", coll. Que sais je ?, Paris, P.U.F., 1985, 6^{ème} édition et des ouvrages plus critiques, H. Broch, "*Le paranormal*", op. cit., et J.E. Allock, "*Parapsychologie : science ou magie ?*", éd. Flammarion, Paris, 1989, pour la traduction française.

SECTION 3 - LA DIVERSITÉ DU PHÉNOMÈNE

39 - Depuis l'après-guerre, les sciences occultes font l'objet d'études ethnologiques dans le cadre de nos sociétés occidentales (55). Parfois même, des "ethnopsychiatres" zaïrois étudient la sorcellerie française à Mayenne et comparent avec les pratiques des sorciers ou désenvoûteurs africains (56). La voyance a été longuement étudiée par l'anthropologue F. Laplantine et son équipe de chercheurs dans la région lyonnaise (57). Mais les documents ethnographiques les plus importants concernent l'étude de la sorcellerie en Afrique. En effet, là-bas, les pratiques magiques (protections contre l'envoûtement et jeteurs de sorts) sont légitimes et fréquentes, à l'inverse, la sorcellerie faisant essentiellement appel au mal est combattue.

40 - Dans son étude sur les Zandé du Sud-Ouest du Soudan, sir E.E. Evans Pritchard a montré que la sorcellerie est un phénomène organique et héréditaire (58). Il s'agit d'une substance résidant dans le corps des sorciers se transmettant par filiation unilinéaire de parent à enfant. Seule une autopsie post mortem, faite par des oracles peut révéler cette substance car le sorcier, lui-même, ne connaît pas son état (59). La sorcellerie surgit dès que le malheur est ressenti comme injuste, que surviennent des événements malencontreux dans tous les domaines de la vie sociale (60). La notion de causalité fait intervenir une causation naturelle et une causation mystique, comme l'écrit Evans-Pritchard "la croyance à la sorcellerie ne contredit en rien la connaissance empirique de la cause et de l'effet, le monde connu par les sens est tout aussi réel chez les Azandé qu'il l'est chez nous" (61). La sorcellerie est dès lors, la cause "socialement pertinente" car elle permet seule, une intervention et détermine une conduite sociale. La société régleme le combat contre la sorcellerie par la consultation d'oracles (notamment celui du "poison" "le benge" que consomme une volaille) dès qu'il y a infortune, l'inimitié implique l'auteur de celle-ci et la haine est le motif de l'acte de sorcellerie, montrant ainsi la dimension morale de ces pratiques par la manière d'appréhender et de concevoir le mal. Il

(55) Ainsi, M. Bouteiller, assistant de C. Levi-Strauss avait dès 1951 présenté une classification des différentes thérapies magiques en France, puis il y eut les travaux de MM. Favret Saada dans les années 1970 et l'étude de la revue ethnologique "Terrains", n° 14, "L'incroyable et ses preuves", 1990.

(56) Géo, "Quand frappent les esprits" op. cit., p. 152. Il s'agit du Dr. Kapuadi, fondateur de l'association "Regards cliniques", qui a longuement observé les pratiques de ses compatriotes loubas et bacongols. Il estime que les sorciers ou désenvoûteurs mayennais peuvent être très efficaces par leurs actions psychologiques.

(57) F. Laplantine, "Un voyant dans la ville" ouvrage collectif, éd Payot, Paris 1985.

(58) E.E. Evans-Pritchard, "Sorcellerie, oracles et magie, chez les Azandé", Gallimard, Paris, 1972, p. 53 et s.

(59) C'est une sorte de substance noire dans l'estomac, in ibid.

(60) In ibid, par exemple, la pêche, la chasse, l'agriculture, la vie domestique... p. 96 s.

(61) In ibid. p. 107.

existe également une profession d'exorciseurs, à la fois devins (ils dénoncent les sorciers) et magiciens (ils leur barrent la route), ils représentent l'autre aspect des croyances permettant de connaître le champ d'action et la nature de la sorcellerie (62). Les oracles qui sont dépersonnifiés (contrairement aux oracles de l'antiquité grecque) sont très souvent consultés pour les problèmes de santé, de bonheur ou de malheur sur la famille mais aussi comme instrument de justice dans des procédures criminelles. La magie complète les oracles en étant le moyen technique, par le pouvoir des médecines, de lutte contre la sorcellerie ; elle présente donc également des attributs moraux mais la distinction entre magie bénéfique et mauvaise est parfois difficile à faire, son but juste (une vengeance par exemple) ou non, permet souvent de les départager. Evans-Pritchard conclue son étude en insistant sur la remarquable cohérence intellectuelle et sociale des notions de sorcellerie, d'oracles et de magie face au mal et à la mort (63).

41 - En Afrique, le rôle et la place de la sorcellerie paraît le plus important car elle présuppose que la souffrance est une punition infligée par les esprits (64). Il existe dans d'autres continents des manières différentes de concevoir la sorcellerie où les sorts ne sont pas plus répréhensibles que les actions physiques contre un adversaire, pour les Indiens Navaro du sud ouest des États-Unis étudiés par C. Kluckhohn (65), celle-ci serait un moyen essentiel d'intégration des individus dans leur communauté. Mais les autorités tribales ont reçu des influences externes, les puissances coloniales ont aboli les sanctions les plus sévères contre les individus coupables de sorcellerie pour les remplacer par une approche "rationnaliste" (66). Les épreuves (absorption de poison, immersion des membres dans de l'eau ou de l'huile bouillante...) disparaissent. De plus, les sorciers n'étaient pas toujours mis à mort, leur châtiment dépendait parfois de leur situation sociale et de leur popularité.

42 - De nos jours, sont apparus en Afrique, devant une évolution sociale très rapide ayant entraîné un certain malaise, des nouveaux cultes consacrés aux esprits protégeant leurs fidèles contre la sorcellerie. On rencontre le culte des esprits ou le port de talismans, la multiplication de prophètes itinérants qui agissent comme des chasseurs

(62) In *ibid.* p. 187 et s.

(63) In *ibid.* p. 537 et s. "(...) chacun des trois termes explique et prouve les deux autres. La mort est la preuve de la sorcellerie. Elle est vengée par la magie. L'accomplissement de la magie de vengeance est prouvée par l'oracle du poison (...)".

(64) Aspects ethnologiques : la sorcellerie, *Revue de la santé mentale*, 1972, n° 3 p. 15.

(65) C. Kluckhohn, "*Navaho witchcraft*", Cambridge (Mass.) 1944.

(66) Ainsi notre droit pénal a dû s'adapter difficilement en abordant "les sciences occultes" et plus particulièrement la sorcellerie avec des catégories de la pensée occidentale. Cf le Code pénal sénégalais in "La contrainte des croyances populaires sur le droit pénal - le cas du Sénégal - F. Zuccarelli, *Revue de la police nationale*, n° 116, août 1981, p. 9.

de sorciers (67) ou comme exorcistes. Les rites propres aux nouvelles Églises remplacent les missions chrétiennes. L'élément prédominant et commun à ces cultes, consiste à accomplir un acte quelconque qui permet indifféremment de détecter un sorcier, de protéger un innocent et de prévenir tout risque d'être atteint par la sorcellerie notamment en absorbant une médecine non dangereuse. Les situations nouvelles de la vie urbaine, du travail salarié, la perte de la foi comme la sécheresse ou la maladie contribuent à la multiplication de nouveaux talismans, en provenance de l'étranger car ils sont réputés meilleurs.

43 - Des sociologues et des ethnologues se sont consacrés à l'étude de la superstition et de la pensée magique. A la fin du XIXème siècle, les pionniers furent Frazer et Tylor, selon qui, la magie était "sympathique" (au sens de procédant du même au même, du proche au proche) et résultait d'un dysfonctionnement de la pensée logique. Ils formulèrent aussi l'idée évolutionniste selon laquelle toute société passerait par les trois stades successifs de la magie, de la religion et de la science (68). Critiquant ces thèses et reprenant la pensée de Durkheim, Hubert et Mauss allaient opposer le rite magique et le rite religieux. La magie serait alors un fait social reposant sur un ensemble de représentations collectives caractérisé par l'irreligiousité de ses rites, son caractère social s'oppose au caractère privé de ses rites parce que le magicien s'est approprié les forces collectives à l'œuvre dans le "mana", ensemble des forces mystiques projetées par la société dans l'esprit humain (69). A sa suite, Malinowski définira la magie comme une réponse culturelle donnée à un besoin de certitude (70). Sa fonction est donc de réduire l'inconnu et l'angoisse qui en découle. Les psychanalystes (Freud, Jung...), les théories psychologiques (Lehmann, Pinget, Skinner...) ont à leur suite critiqué les théories ethnologiques et ont eu en commun d'avoir insisté sur l'idée qu'à l'origine de la pensée magique se trouvent non des lois logiques mais des désirs, des images sentimentales (névrose obsessionnelle, désir de puissance, erreurs de perception, de mémorisation, réalisme enfantin...) (71).

44 - Sous l'angle juridique, les différents droits pénaux coloniaux français se sont difficilement adaptés aux systèmes de croyances africaines. Comme en droit continental, la magie et la sorcellerie étaient

(67) Cf. "Le Monde" dimanche, lundi 7, 8 janvier 1990, "Les prophètes sont tombés sur leurs pieds", A. Woodrow, à propos notamment de la Côte d'Ivoire.

(68) J.G. Frazer, "Le cycle du rameau d'or", Paris, Gallimard, 1977, cité par F. Askevis - Leherpeux "La superstition", op. cit., p. 40 et s., R. Bastide, "La magie", Encyclopédie Universalis, p. 473 et s.

(69) In ibid, H. Hubert et M. Mauss, Esquisse d'une théorie générale de la magie année sociologique, 1902, 1903, M. Mauss, "Sociologie et anthropologie", Paris, P.U.F., 1950.

(70) In ibid, B. Malinowski, "Les Argonautes du Pacifique occidental", Paris, Gallimard, 1963, Science religion and reality, London, Needham, 1925.

(71) F. Askevis - Leherpeux, La superstition, op. cit., p. 57 et s.

considérées comme du charlatanisme (72) ou au contraire posait des problèmes de qualifications pénales nouveaux. Il a été ainsi jugé qu'un individu menaçant une personne de ne pas lever le sort jeté sur elle si celle-ci ne rémunérait pas ce service, ne constituait pas l'infraction de menace. Une Cour d'assises a pu également acquitté une femme qui, accusée de sorcellerie, fut séquestrée afin de l'obliger à absorber un poison révélateur de son mal, parvint à s'échapper et tua sa fille pour prouver à la communauté qu'elle ne pouvait pas être sorcière. En effet la sorcellerie se transmet par le lait maternel, de mère à fille et se matérialise par une substance dans l'estomac. La Cour appliqua l'article 64 du Code pénal déclarant irresponsable pénalement celui qui a commis un crime sous l'empire d'une contrainte morale irrésistible (73). De même en Nouvelle Calédonie, le problème est encore d'actualité (74). En droit pénal comparé, l'ensemble des pays européens connaît une recrudescence de la pratique des sciences occultes. En Angleterre, la sorcellerie n'est plus un délit depuis 1950 mais en Espagne l'abus de la crédulité d'autrui par la divination et autres pratiques "similaires" dans un "but de lucre" est sanctionné par une contravention spéciale (75). S'il n'a pas été réformé depuis, le Code pénal finlandais réprime la profession de devin, de magicien "ou de tout autre activité faisant appel à la superstition", comme les codes pénaux luxembourgeois et monégasques qui reprennent littéralement l'article R. 34 7° du Code pénal français. Pour les autres pays européens, il semble que les sciences occultes ne fassent pas l'objet de textes pénaux spécifiques et soient appréhendées essentiellement par le biais du délit d'escroquerie, notamment en Italie, où elles jouissent d'une grande tolérance (76). Enfin, l'Amérique connaît des crimes liés au culte du vaudou haïtien mais a une attitude libérale à l'égard des multiples traditions culturelles et religieuses qui la composent. En effet, des auteurs se sont penchés sur le rôle des survivances religieuses africaines en Amérique sur des phénomènes de possession et de criminalité superstitieuse (77).

(72) Ainsi au Cameroun, Trib. de 1ère instance de Douala, 12 mai 1948, *Rec. Pénant* 1951, 1, p. 60, observ. Cosnard, relaxant sur le grief d'escroquerie pour "bonne foi" du sorcier.

(73) J. Larguier, Sur la menace de ne pas lever un sort, *Annales africaines*, 1955, p. 119 et s. sur la "contrainte morale" causée à une personne qu'on prétendait sorcière, *Annales africaines*, 1956, p. 135 et s.

(74) Capitaine Domange, "La sorcellerie en Nouvelle Calédonie", *Gendarmerie nationale*, n° 94, 1972, p. 66 et s.

(75) M. Ancel, Y. Marx, "Les codes pénaux européens", Centre français de droit comparé, Paris, 1957, art. 587 4° du Code pénal espagnol, art 8 du Code pénal finlandais, art 563 du Code pénal luxembourgeois et art 480 6° du Code Monégasque.

(76) A. Carella, G. de Vincentis "Aspect médico-légal et criminologique de la superstition" *Quaderni di criminologia clinica*, 1963, n° 3, p. 267.

(77) E.C. Henniquez "Les crimes de la sorcellerie", (Buenos-Aires, éd. Deplama, 1970) cité in *Rev. de Sc. crim. et de droit pénal comparé*, 1971, n° 2, p. 546. R. Sloquard, "Magie et pratiques criminelles", *Rev. de droit pénal et de criminologie*, 1966, 322 et s.

45 - Compte tenu de la complexité des rapports qu'entretiennent l'occulte avec la religiosité et la science, nous prendrons acte qu'à toute époque et dans n'importe quelle société, le droit est le révélateur implicite des positions philosophiques ou religieuses structurant une société donnée à l'égard de ce que l'on nomme "les sciences occultes". Confronté à ces pratiques, à ces croyances en marge de la science et de la religion dominante, l'attitude du droit oscille entre deux pôles. D'une part, celui-ci peut tenir un discours hostile, prohibitif visant à cantonner, à marginaliser un phénomène heurtant de front ainsi nos catégories mentales culturellement acquises, notre théorie de la connaissance notamment. D'autre part, le droit peut aussi constater une évolution sociale de la matière consistant à légitimer de plus en plus le recours aux sciences occultes les plus diverses. Dès lors, la jurisprudence assouplira son attitude, infléchira ses interdits vers les comportements les plus graves. Reflet sociologique du quotidien juridique, celle-ci mieux que tout autre, montre l'évolution parcourant le droit des sciences occultes qui, dans les textes n'a pratiquement pas changé depuis le XIXème siècle (Ière partie). En contrepois, notre système juridique tendra vers un équilibre en laissant exprimer socialement un droit aux sciences occultes (IIème partie) .

PREMIÈRE PARTIE - LE DROIT DES SCIENCES OCCULTES

"Maxime importante : il faut être très circonspect dans la poursuite de la magie et de l'hérésie.

L'accusation de ces deux crimes peut extrêmement choquer la liberté et être la source d'une infinité de tyrannies si le législateur ne sait la borner. Car, comme elle ne porte pas directement sur les actions d'un citoyen, mais plutôt sur l'idée que l'on s'est faite de son caractère, elle devient dangereuse à proportion de l'ignorance du peuple ; et, pour lors, un citoyen est toujours en danger, parce que la meilleure conduite du monde, la morale la plus pure, la pratique de tous les devoirs, ne sont pas des garants contre les soupçons de ces crimes".

MONTESQUIEU (De l'Esprit des Lois, livre XII, chap. V).

Historiquement, notre système juridique a toujours eu une attitude très hostile à l'égard des pratiques des sciences occultes. Bien que cette hostilité soit depuis deux siècles d'une ampleur décroissante, elle demeure actuellement très présente dans divers textes législatifs et réglementaires ainsi que dans la jurisprudence tant civile que pénale. Le juriste ne peut, en effet, qu'être étonné du nombre de qualifications pénales pouvant recouvrir la pratique de certaines sciences occultes. Car à côté du délit d'escroquerie visé à l'article 405 du Code pénal, témoignant d'un souci de protéger les valeurs patrimoniales et donc de l'aspect financier essentiellement retenu, de l'activité de l'occulte, se joignent d'autres incriminations pénales : ici, l'infraction d'exercice

illégal de la médecine pour les personnes ayant la faculté de guérir sans diplôme, ou la contravention réprimant les devins professionnels, là, le délit de publicité fausse ou de nature à induire en erreur pour les praticiens qui vanteraient publiquement leur dons. Sur le plan civil, l'interdiction pénale entraînera aussi de nombreuses conséquences juridiques que ce soit dans le droit des contrats ou que ce soit dans le droit des libéralités. Ainsi, apparaît une double attitude du droit positif français, d'une part, en amont, prévenir la survenance d'une "professionnalisation" des acteurs de l'occulte, en leur interdisant d'en exercer métier ou de faire de la publicité, d'autre part en aval, en réprimant par l'infraction générale et centrale d'escroquerie ceux qui auront exploité financièrement la crédulité d'autrui en se faisant remettre de l'argent en contrepartie de pouvoirs qui n'existent pas. Extrêmement diversifié et cohérent, cet arsenal juridique n'est pas pour autant systématiquement mis en œuvre contre tout professionnel ou artisan du sumaturel à l'heure actuelle. Ce relatif déclin de la sévérité de la jurisprudence civile et pénale par rapport au XIXème siècle et la première moitié du XXème siècle sera donc aussi un facteur d'explication et d'analyse de la prévention (I) puis de la répression (II) de l'exercice des sciences occultes à l'époque contemporaine.

CHAPITRE I - LA PRÉVENTION DE L'EXERCICE DES SCIENCES OCCULTES

Afin d'éviter que des personnes ne soient trompées par d'autres plus habiles à leur promettre bonheur, succès, argent et à connaître l'avenir, moyennant finance, la jurisprudence civile auxiliaire du juge pénal a tout d'abord indirectement empêché la conclusion de certains contrats indispensables à l'activité d'un professionnel de l'occulte comme le contrat de bail par exemple car la voyance ne se pratique pas seulement dans les fêtes foraines ou dans les campements gitans, le contrat de fourniture d'appareils magiques, ou les libéralités qu'un guérisseur peut recevoir dans l'exercice de sa fonction. Mais plus directement, des délits pénaux comme le délit de publicité fausse ou de nature à induire en erreur, le délit d'exercice illégal de la médecine sanctionnent des comportements qui, en eux-mêmes, ne constituent pas des escroqueries mais qui les précèdent voire les favorisent. Ces incriminations visent à prévenir un dommage plus important encore. De même, le fait d'exercer le métier de devin indépendamment de sa bonne ou de sa mauvaise foi, du dommage subi est incriminé pénalement dans l'article R. 34.7 du Code pénal. Il convient dès lors d'envisager successivement cette prévention directe et indirecte par la jurisprudence civile et pénale dans sa diversité et le détail de ses applications.

SECTION I - LA PRÉVENTION INDIRECTE DANS LA JURISPRUDENCE CIVILE ET COMMERCIALE

Par le biais pour l'essentiel, de l'interdiction pénale de ceux "qui font métier de deviner et pronostiquer, ou d'expliquer les songes" de l'article R. 34 7° du Code pénal, le droit civil et le droit commercial à

travers les notions d'ordre public, de moralité publique ont essayé de limiter et de restreindre le champ d'application des activités ayant trait à l'irrationnel. Cette suspicion, a priori, de toute "professionnalisation" dans ce domaine s'est cristallisée autour de trois axes, une interdiction commerciale, la nullité de certains contrats et enfin la nullité de certaines libéralités.

§ 1 - L'interdiction commerciale

46 - L'occulte exclu de la commercialité. Le législateur a entendu interdire les activités commerciales contraires à la moralité publique, or, l'exercice d'un commerce ou d'une industrie consistant "à deviner et pronostiquer ou à expliquer les songes" est interdit pour la doctrine au nom de la protection de la moralité publique (78). Cela constitue une limite au principe à valeur législative de la liberté du commerce et de l'industrie qui permet à toute personne d'entreprendre l'exercice d'un commerce sans avoir à justifier au-delà de sa capacité juridique d'une compétence particulière pour pratiquer une profession. Ainsi, écartés dans un but de police générale, la majeure partie des voyants, médiums, chiromanciens ou numérologues sont obligés d'exercer leurs activités, soit clandestinement, soit sous forme de profession libérale imposé à ce titre sur le bénéfice des professions non commerciales (79). Cependant depuis quelques années, des sociétés commerciales sous la forme de SARL (société à responsabilité limitée) sont apparues, se sont inscrites au RCS (Registre du Commerce et des Sociétés) et leurs dirigeants annoncent leur prochaine cotation en bourse (80). Il est fort probable que ces sociétés commercialisant la divination, employant des voyants salariés, professionnels du conseil ou de la gestion du personnel reposent en réalité sur un contrat de société dont l'objet ou la cause est illicite et qui, semblerait-il, devrait être annulé sur la base des articles 1133 ou 1833 du Code civil. D'ailleurs, il ne serait pas étonnant qu'à l'occasion d'un conflit entre associés, ou même sur l'initiative du ministère public, le juge annule le contrat de société même si l'espèce serait alors inédite (81). Pour d'autres contrats, le juge n'a, en effet, pas hésité à passer à l'acte.

(78) Lamy, droit économique, 1990, n° 168.

(79) Ceux-ci auront alors le choix entre le régime de la déclaration contrôlée et celui de l'évaluation administrative (depuis janvier 1979, les voyants dénommés "cartomanciens" sont assujettis à la T.V.A.). Il est à noter que la presse se fait parfois l'écho de redressements fiscaux importants en matière de sciences occultes : à propos d'un voyant niçois redressé pour un montant de 43.533.410 Frs alors que celui-ci affirmait gagner 7.000 F/mois ("Ça m'intéresse : *La voyance*", n° 113, juillet 1990, p. 26) confirmant l'idée selon laquelle, le monde de l'occulte craint plus l'administration fiscale que le droit.

(80) A propos de la société commerciale DIVINITEL, France Culture "*Les Voyants*" émission Grand Angle 21 avril 1990, op. cit.

(81) En théorie, le greffier contrôle lors de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés si le requérant remplit les conditions exigées par l'activité particulière qu'il veut entreprendre, un juge est chargé de la surveillance du registre. A Jauffret, Manuel de droit commercial, 19ème édition par J. Mestre, LGDJ, Paris 1989, p. 120. De plus, l'exercice d'une activité commerciale

§ 2 - La nullité de certains contrats

47 - Ancienneté des questions. Même si le praticien de l'occulte ne peut exercer une activité commerciale, il risque de conclure des contrats civils de nature très différente au cours de sa vie professionnelle comme des contrats de baux d'habitation ou mixte, professionnelle et d'habitation, contrats de conseil, contrats de prestations de service et parfois contrats de fourniture (82). En effet depuis 70 ans, le métier et le marché de l'occulte se sont modernisés en se dotant de nouvelles structures si bien que les problèmes juridiques classiques que posaient "psychisme et occultisme devant la jurisprudence civile" au début du siècle, feraient sourire aujourd'hui (83). Ainsi, nos tribunaux n'ont plus beaucoup à s'occuper des problèmes de troubles de jouissance causés par la présence d'esprits frappeurs dans l'immeuble donné en location. Cependant la jurisprudence du siècle dernier donnait généralement raison au bailleur qui expulsait le locataire s'adonnant à une pratique divinatoire car cela perturbait "la tranquillité de l'immeuble" et généralement tort au locataire qui voulait résilier le bail d'une maison hantée (84). Cette jurisprudence fort rationaliste s'est maintenue jusqu'à aujourd'hui et témoigne toujours d'une certaine sévérité.

48 - Contrat de bail et sciences occultes. Ainsi, dans un contrat de bail à loyer, on sait que la clause d'habitation bourgeoise n'interdit pas toute activité professionnelle (85) en permettant notamment l'exercice d'une profession libérale dès lors qu'aucune interdiction précise ne figure au bail (86) à la différence de la clause d'occupation exclusivement bourgeoise qui interdit, en principe, l'exercice de toute profession dans les locaux loués (87). Mais la jurisprudence a estimé comme incompatible avec toute clause d'habitation bourgeoise l'exercice dans les lieux loués de la profession de cartomancienne sans l'agrément du bailleur. Le fait que cette activité n'apporte aucun trouble dans la tranquillité de l'immeuble est une circonstance inopérante (88). De même dans un arrêt inédit de la Cour d'appel de

contrairement à une interdiction légale est un cas de faillite personnelle (art. 185.1° de la loi du 25 janvier 1985).

(82) Les parties ne peuvent qu'invoquer le caractère illicite des actes accomplis malgré l'interdiction commerciale.

(83) E.H. Perreau, "Psychisme et occultisme devant la jurisprudence civile", *RTDC* 1921, p. 123.

(84) E.H. Perreau, *op. cit.*, pp. 133, 134.

(85) Cass. soc. 15 juin 1962, *J.C.P.* 1962, éd. G, IV, 105.

(86) Paris, 12 novembre 1962, *Gaz. Pal.* 1963, 1, somm. 18.

(87) Cass. soc. 13 janvier 1966, *J.C.P.* 1966 éd G, IV p. 25, *bull. civ.* IV n° 46.

(88) Cass. soc. 13 décembre 1957 : *A.J.P.I.* 1958, II, 18. Dans un arrêt de la chambre sociale du 15 juin 1967, (*Bull. cass.* 1967, IV, 405), les juges ont décidé qu'une locataire, Mademoiselle Nicole, en exerçant le métier d'astrologue clairvoyante, ne pouvait se prévaloir d'une quelconque tolérance et avait contrevenu à ses obligations locatives de respect de l'occupation bourgeoise de l'immeuble.

Paris (89), il a été jugé qu'un contrat de bail contenant une clause d'habitation bourgeoise devait être résilié dès lors que le locataire avait transformé le local d'habitation en local professionnel consistant en l'installation d'un cabinet de sciences occultes dans une pièce. Ni une autorisation administrative (90), ni le fait que le local soit occupé partiellement pour un usage d'habitation n'ont pu faire échouer l'opposition formelle du bailleur et le jeu de la clause résolutoire contenue dans le contrat. Cependant, les nombreuses lois récentes sur les baux d'habitation pourraient avoir modifié les données de la question.

49 - Vers une évolution ? La loi du 22 juin 1982 dite "Loi Quillot", a, pour la première fois dans son article 27, énoncé les clauses qui étaient "réputées non écrites" dans un contrat de location. La loi du 23 décembre 1986 reprit pratiquement, sans modification la liste de ces clauses dans son article 4 et la loi du 6 juillet 1989, a également retenu dans son article 4 le texte de 1986. Or, figurent parmi ces clauses, celle "qui interdit au locataire l'exercice d'une activité politique syndicale associative ou *confessionnelle*". Dans la rédaction de 1982, le texte ajoutait que l'exercice de l'activité visée devait se situer dans "le respect des obligations principales du locataire", ce qui permettait de concilier la prohibition de la clause avec les stipulations parfois contraires du règlement de copropriété (91) ou avec l'obligation faite au locataire d'user paisiblement de la chose louée suivant la destination qui lui a été donnée par le contrat de location. Les rédacteurs des lois de 1986 et 1989 ont supprimé cette réserve mais les commentateurs estiment qu'elle est implicitement sous entendue par la nouvelle rédaction (92).

Il est donc permis de penser, en l'absence de toute jurisprudence ou doctrine en ce sens, que le terme "confessionnel" de l'article 4, renvoie non seulement à ce qui est relatif à la foi ou à la religion mais aussi d'une manière plus générale à tout ce qui relève de la croyance chez l'homme à un pouvoir surnaturel. Cette définition large permettrait peut-être, si elle était retenue, à tous voyants ou chiromanciens, sorciers, ou mages de retrancher simplement la clause lui interdisant de pratiquer son activité, le reste du contrat subsistant. Mais dans une acception plus restrictive, le terme "confessionnel" peut aussi renvoyer à l'exercice du ministère d'un culte stricto sensu. Dès lors, l'article 4 de la loi du 6 juillet 1989, s'inscrirait dans une jurisprudence constante qui assimile l'édifice du culte à un local professionnel (93) et permettrait de

(89) Paris, 13 mars 1974, Juris data n° 74 - 60155.

(90) En effet, les dispositions de l'art. L 631. 7 du Code de la construction et de l'habitation qui interdisent les changements d'affectation de locaux à usage d'habitation à Paris et dans les communes de plus de 10.000 habitants ne permettent l'exercice d'une profession dans un local à usage d'habitation qu'avec l'autorisation du commissaire de la république.

(91) Cf. Bouyeure, Loi du 22 juin 1982 et copropriété : *A.J.P.I.* 1983, p. 299.

(92) *Juris classeur civil*, bail à loyer, fasc 120 n° 46 par J.P. Blatter.

(93) Pour le local loué par un prêtre orthodoxe pour y célébrer les offices religieux : Trib. civ. Seine, 26 janvier 1949 : *D* 1949, 112 - Pour une synagogue : Cass soc. 4 février 1954 : *Rev. Loyers*, 1954 p. 141 ; *Gaz. Pal.* 1954 ; 1, somm. 18.

soumettre aux dispositions de la loi du 6 juillet 1989 tout édifice religieux dès lors qu'il s'incorpore ou est joint de manière indivisible à un local à usage d'habitation principale formant ainsi avec lui un local mixte (94). En définitive, la rédaction de la clause de destination des locaux devra être faite avec le plus grand soin car le locataire n'a pas le droit de modifier la destination convenue sous peine de résiliation judiciaire (95). De plus, la clause de destination donnera aussi la mesure de la jouissance paisible à laquelle est tenu le locataire (art. 7b de la loi de 1989) et permettra d'apprécier sa régularité au regard d'un éventuel règlement de copropriété déterminant la destination des parties privatives.

50 - Copropriété et sciences occultes. En effet, et de la même manière, le droit de la copropriété immobilière peut avoir une incidence juridique si le voyant ou le mage exerce son activité dans un immeuble mis en copropriété. Malgré la fréquence de ce type de situation en pratique, aucune décision de justice n'a été publiée, semble-t-il, sur la question. Néanmoins, le problème juridique soulevé peut être rapproché de celui plus général de la destination des parties privatives où la jurisprudence est abondante. Ainsi, l'alinéa 1 de l'article 9 de la loi du 10 juillet 1965, complété par la loi du 31 décembre 1985 dispose que le droit d'usage des copropriétaires sur leurs parties privatives est limité à la condition de ne pas porter atteinte à la destination de l'immeuble. L'alinéa 1er de l'article 8 de la même loi permet d'apprécier la portée de ce texte en disposant que le règlement de copropriété "incluant ou non l'état descriptif de division détermine la destination des parties, tant privatives que communes, ainsi que les conditions de leur jouissance" et dans son alinéa 2 que "le règlement de copropriété ne peut imposer aucune restriction aux droits des copropriétaires en dehors de celles qui seraient justifiées par la destination de l'immeuble, telle qu'elle est définie aux actes, par ses caractères ou sa situation". Transformer un appartement en local commercial ou professionnel peut entraîner des conséquences graves pour le genre de l'immeuble, le mode de vie de ses habitants et peut donc être interdit par le règlement de copropriété. La clause d'habitation bourgeoise fréquemment insérée dans les règlements de copropriété n'interdit pas, comme en matière de baux à loyers, pour autant toute activité professionnelle, sauf si la profession engendre des inconvénients signalés dans le règlement ou excède les inconvénients des professions autorisées dans celui-ci. Certains règlements de copropriété peuvent en outre autoriser seulement l'exercice de professions libérales déterminées. Ainsi, on le voit, tout au moins en théorie, se pose la question de savoir si les activités d'oniromancie, de chiromancie, de voyance etc..., pratiquées dans un immeuble soumis au droit de la copropriété et à un règlement sont autorisées ou non quand elles sont source d'un trouble de jouissance pour les autres copropriétaires et si elles sont contraires à la destination de l'immeuble par exemple à son "standing".

(94) Cf. M.G. Dole, *Le local professionnel du culte* : *Rev. Loyers* 1987, p. 185.

(95) La qualification du contrat dépendra toujours de la destination convenue dans le bail et non de l'utilisation faite pour apprécier les obligations respectives des parties au regard de la délivrance et de la jouissance.

51 - Une tolérance de fait. Il apparaît en fin de compte que comme dans d'autres domaines du droit, la pratique des sciences occultes bénéficie d'une assez grande tolérance, due peut-être à une relative discrétion (notamment fréquence des passages dans l'immeuble, bruits,...). Sans doute, un trop grand tapage, de trop nombreux va et vient, un sentiment d'hostilité morale de la part des copropriétaires vis-à-vis des sciences occultes pourraient entraîner des procès entre syndic de copropriété et copropriétaires adeptes du mystère. Mais la banalisation sociale des cabinets, le fait d'avoir un médecin, un avocat et un voyant exerçant dans le même immeuble, ne semble pas troubler outre mesure la tranquillité des occupants. Tout est, comme souvent, affaire de degrés, un sorcier, par exemple qui pratiquerait des sacrifices rituels, des messes noires, des égorgements de poulets risquerait de voir son activité interdite. Par contre, un voyant qui effectuerait des consultations dans un bureau ne générerait en définitive pas plus qu'une autre profession libérale en pratique à la condition, toutefois, que l'exercice de profession libérale ne soit pas interdit par le règlement de copropriété. Enfin, si les praticiens exercent sous forme commerciale alors même que la question de leur licéité est posée (96), il conviendrait de se référer aux dispositions particulières relatives à l'utilisation des locaux commerciaux dans les règlements de copropriété. La jurisprudence, estimant inadmissible, même en l'absence de toute clause particulière dans le règlement, l'exploitation d'un commerce d'objets érotiques dans un quartier où les usagers de l'immeuble n'ont pas à s'attendre à un tel voisinage (97) et, où le règlement n'y autorise que les commerces "de bon ton", pourrait éventuellement recevoir application pour l'exploitation d'un commerce d'objets occultes, talismans, gris gris, amulettes, si l'occasion se présentait compte tenu de leur mauvaise réputation en jurisprudence (98). Cette sévérité virtuelle des magistrats peut devenir réelle lorsque l'espèce s'y prête. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 24 novembre 1987 (99) en a témoigné tout récemment et contre toute attente en matière de théorie générale du contrat.

52 - Théorie générale du contrat et sciences occultes. En l'espèce, un mage dénommé "Pirmamod" avait vendu à son associée divers talismans, ouvrages, cours et disques astrologiques, des encens, des rouleaux et des parfums nécessaires à

(96) Cf. supra n° 46.

(97) TGI Paris, 8 avril 1976 D. S 1976 I.R. 314.

(98) Une ordonnance de référé du TGI de Paris du 17 janvier 1988 (Juris data n° 88-40433) s'est ainsi estimée compétente pour interdire 13 commercialisations de pentacles et de talismans pour faire cesser un trouble manifestement *illicite* alors qu'elle n'était pas compétente pour juger le caractère protégeable de ces objets au regard de la loi du 11 mars 1957 relative aux droits d'auteur des dessins et modèles.

(99) D. 88 IR. 3 et RTDC 1988, 345 obs. J. Mestre. Adde : cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi devant la première Chambre civile de la Cour de cassation qui l'a rejeté en reprenant la position de la Cour d'appel de Paris (contrat annulé sur la base des motifs *illicites* puisant leur source dans une infraction pénale) : Civ. 1ère, 12 juillet 1989, Bull. I, n° 293, p. 194, J.C.P. 1989, IV, 348, D. 1989, IR, p. 216.

l'exercice de sa profession de parapsychologue et estimait être créancier d'une obligation en paiement d'une facture de fourniture à l'égard de sa débitrice, voyante, qui ne l'avait pas réglée. Or la Cour d'appel de Paris infirmant une décision du tribunal d'instance de Paris du 26 mars 1985 a décidé que *"l'activité exercée par des voyants, sous l'étiquette trompeuse de parapsychologie, à supposer qu'elle ne réunisse pas tous les éléments constitutifs du délit d'escroquerie, constitue à tout le moins la pratique du métier de deviner et de pronostiquer que l'art. R 34. 7 du Code pénal sanctionne d'une peine contraventionnelle ; l'obligation contractée pour une cause illicite, aux termes de l'art. 1131 du Code civil ne pouvant avoir aucun effet est nulle d'une nullité obsolue la prétendue obligation au paiement..."*. Comme l'observe fort justement M. Mestre (100), "le civiliste, en tout cas, observera avec intérêt mais sans surprise que la formulation de l'article 1131 du Code civil (*"la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public"*) conduit nécessairement à décider que le contrat est nul dès lors qu'il a été conclu pour l'exercice d'une activité condamnée par un texte répressif, peu important que celui-ci soit pratiquement tombé en désuétude, et que les mœurs (mais sans doute ne méritent-elles pas ici le qualificatif de bonnes...) soient aujourd'hui largement ouvertes à la divination". Cet arrêt illustrant le nécessaire respect par le juge civil de la loi pénale rappelle que le droit pénal est inclu tout entier dans la notion d'ordre public. Ce qui conduit alors le juge à annuler toute convention ayant pour objet ou pour cause un fait réprimé par la loi pénale par une nullité absolue. Ainsi, malgré l'inertie des parties, le ministère public comme d'ailleurs toute personne ayant un intérêt pourrait exercer l'action (101). Les notions d'ordre public ou même de bonnes mœurs (102) présentes dans l'article 1133 du Code civil le sont aussi dans l'article 6 du même Code qui dispose que *"on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs"* ou dans l'article 1172 qui dispose que *"toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs ou prohibée par la loi, est nulle et rend nulle la convention qui en dépend"*. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris de 1987 est à notre connaissance, une des seules décisions ayant annulé sur la base de l'illicéité de la cause des contrats de fourniture d'objets occultes qui sont en réalité plusieurs milliers à être conclus chaque année en France. Lorsqu'on sait également que l'article R. 36. 2° du Code pénal ordonne la saisie et la confiscation des instruments, ustensiles et costumes servant ou destinés à l'exercice du métier de devin, pronostiqueur ou interprète des songes en tant que peine complémentaire obligatoire de celles prévues par l'article R. 34. 7°, on perçoit

(100) "Le voyant n'avait pas tout prévu..." *RTDC* 1988, op. cit., p. 345.

(101) La nullité peut parfois être soulevée d'office par le tribunal en vertu de sa mission de "salubrité sociale" si la convention est contraire aux bonnes mœurs (*TGI Paris*, 8 nov. 1973, *D.* 1975, 401, note Pucch).

(102) L'arrêt de la Cour d'Appel de Paris, le 24 novembre 1987, ne vise que l'article 1131 du Code civil et non l'article 1133 ce qui tendrait à penser que le juge n'a pas voulu entrer dans un débat sur les bonnes mœurs, la référence au droit pénal et à l'illicite étant plus efficace pour annuler le contrat.

mieux le décalage existant entre les prohibitions légales ou réglementaires et les tolérances pratiques quotidiennes à l'égard des sciences occultes. Il reste à savoir alors, si l'occulte en général est dans le commerce juridique, s'il représente une "chose dangereuse" ou non (103) ?

53 - Commerce juridique et sciences occultes.
L'article 1128 du Code civil, n'autorise, on le sait, que les choses qui sont dans le commerce, à pouvoir être objets de conventions. Dès lors est-on conduit à se demander si ne pas pratiquer de sciences occultes comme consultant ou comme professionnel fait partie juridiquement des "bonnes mœurs" et si la protection pénale de la crédulité est comprise dans la notion d'ordre public. Ni la doctrine, ni la jurisprudence n'ont véritablement répondu à la question. Pour la doctrine, il suffit que cela soit interdit pénalement pour qu'il n'y ait pas lieu de discuter de leur illicéité sur le plan des bonnes mœurs ou de l'ordre public (104). Pourtant, si l'on analyse la jurisprudence pénale appliquant l'article R 34. 7 (105) du Code pénal, on constate par exemple que l'astrologie n'est pas réprimée comme une pratique divinatoire. A ce moment-là, l'arrêt de 1987 relatif à une commande de disques et de cours d'astrologie est plus sévère, alors qu'il s'agit d'une juridiction civile, que le juge pénal. En effet, on remarque un manque de cohérence dans l'application d'un même texte selon les juridictions, aussi bien entre juridictions pénales qu'entre les juridictions civiles et pénales comme dans l'hypothèse ci-dessus. Mais, l'arrêt de 1987 peut témoigner aussi d'une volonté de freiner certaines pratiques, de moraliser le marché de l'occulte, de mettre un coup d'arrêt à une jurisprudence plus tolérante. Il serait, alors, peut-être le signe d'un mouvement jurisprudentiel plus réservé, voire franchement hostile à l'exercice des sciences occultes dont l'ampleur ne cesse d'augmenter à l'heure actuelle. A côté donc des domaines classiques où s'appliquent ces différents textes du Code civil (corps humain, clientèle, liberté matrimoniale, stupéfiants par exemple) unis par un même esprit, exprimer l'ensemble des règles nécessaires au bon fonctionnement d'une société, existe en germe et parfois en réalité (avec les articles 1131 et 1133 du Code civil sur l'illicéité de la cause) la source sur le plan civil de la nullité de beaucoup de conventions qui sont passées chaque jour en France et qui portent économiquement sur des sommes importantes. Le Code civil contient donc virtuellement la possibilité offerte au juge de prévenir, par son contrôle des motifs de l'objet du contrat, une "professionnalisation" de l'occulte et peut ainsi, de temps à autre, devenir le partenaire prophylactique utile du juge pénal. Cette attitude au regard du droit des contrats se retrouve pareillement au regard du droit des actes unilatéraux.

(103) Un non juriste observant le quotidien commercial et civil répondrait par l'affirmative et s'étonnerait même de la question. Pourtant, force est de constater qu'en droit, l'occulte divinatoire est interdit pénalement et donc, toute transaction commerciale ou civile l'ayant pour objet ou pour cause est interdite.

(104) Ripert, *"La règle morale dans les obligations civiles"* 1949, L.G.D.J., Paris 4ème édition, n° 24 s. P. Malaurie, *"Les contrats contraires à l'ordre public"* thèse droit Paris, 1951.

(105) Cf infra n° 65.

§ 3 - La capacité de disposer ou de recevoir par donations, entre vifs ou par testament et les incapacités de l'article 909 du Code civil.

54 - Libéralités conditionnelles et sciences occultes.

Comme pour le contrat et dans le même esprit, l'article 900 du Code civil dispose qu'en matière de donations et de testaments "les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites". Si en jurisprudence, la portée de l'article 900 du Code civil n'a pas été envisagée pour les libéralités conditionnelles en matière de sciences occultes, en revanche, l'éventuelle capacité de tester et les libéralités reçues par des guérisseurs par exemple, ont posé des problèmes juridiques divers.

55 - Testament et sciences occultes.

A/ La capacité de tester

Déjà, au XIX^{ème} siècle, la Cour de Chambéry avait eu à juger que le fait qu'une personne s'adonne aux sciences occultes ayant entraîné chez elle des divagations absurdes et malsaines était insuffisant pour annuler son testament. Il aurait fallu, estime la Cour d'appel, que se soient manifestés des troubles dans sa vie pratique (106). De même la Cour d'appel de Paris le 4 décembre 1912 (107) que M. Carbonnier qualifie de sage (108) décide de refuser d'annuler un testament pour insanité d'esprit au sens de l'art. 901 du Code civil. Le testateur avait en l'espèce des croyances spirites ; l'arrêt énonce que "*toutes les croyances religieuses, sont essentiellement respectables pourvu qu'elles soient sincères et de bonne foi, et il n'appartient pas à des juges civils, quelles que soient d'ailleurs leurs opinions ou croyances personnelles, de les railler, critiquer ou condamner*". Ces deux arrêts montrent bien que mis à part le cas d'une perte totale de la raison due à l'utilisation de telle ou telle science occulte, toute personne, quelles que soient ses croyances peut tester en toute liberté. Si la jurisprudence s'est montrée clémente envers la capacité de disposer, en revanche envers la capacité de recevoir, les impératifs de protection l'ont rendu moins accueillante.

B/ La capacité de recevoir

56 - Les libéralités reçues par un guérisseur ou un sorcier. L'article 909 du Code civil dispose à ce titre que "les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui auront traité une personne pendant la maladie, dont elle meurt, ne pourront profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie (...) les mêmes règles seront observées à l'égard du *ministre du culte*".

(106) Chambéry, 9 août 1886, S. 78.1.272.

(107) D.P. 1914 2.213.

(108) D.S. 1969, Juris p. 367 à propos de Nîmes, 10 juin 1967.

La jurisprudence (109) a estimé que l'article 909 du Code civil visait "*ceux, qui en raison de la faiblesse habituelle du malade et de son grand besoin de secours, peuvent prendre sur son esprit un grand pouvoir*" car il faut les protéger contre ceux qui, leur donnant un traitement médical ou spirituel au cours de leur dernière maladie, abuseraient de leur influence pour se faire consentir des libéralités. Or précisément, la question du "grand pouvoir" psychologique que possèdent notamment les guérisseurs ou les sorciers s'est présentée devant les tribunaux. La doctrine estime généralement que les personnes exerçant illégalement la médecine (110) sont visées comme les médecins par l'article 909 du Code civil car il serait alors inéquitable que "des charlatans" soient traités plus favorablement que les médecins diplômés (111). Ainsi, les guérisseurs non titulaires de diplôme de médecin (112), les empiriques et charlatans (113), les magnétiseurs (114), ne peuvent recevoir des donations. Pour la première chambre civile de la Cour de cassation, le 10 octobre 1978 à propos des magnétiseurs (115), le champ d'application de l'article 909 étendu aux guérisseurs était consacré à la suite d'une jurisprudence constante des juges du fond à la condition que soit caractérisé un acte médical (donner des soins en l'occurrence). La Cour de cassation énonce que "la Cour d'appel avait assimilé à bon droit la profession de magnétiseur à celle de médecin pour ce qui concerne l'incapacité de recevoir". Ces précisions étant faites, c'est un argument d'équité, de cohérence législative, de logique juridique (116) qui permet d'expliquer l'extension de cette incapacité de jouissance à un guérisseur obéissant, en définitive, aux mêmes impératifs de défiance qu'un médecin.

57 - Le sorcier est-il un "ministre du culte" ou un "incapable" ? Classiquement, le terme de "ministres du culte" visé par l'article 909 du Code civil désigne les personnes qui exercent une

(109) Trib. Civ. Seine, 13 janvier 1944 : *Gaz. Pal.* 1944.1.229 ou Pau, 23 février 1968 : *J.C.P.* 68, éd. G. II, 15538.

(110) L'exercice illégal de la médecine constitue un délit pénal prévu par l'article L 372 du Code de la santé publique, cf infra n° 72 et s.

(111) B. Dutheillet - Lamonthézie, Jurisclasseur civil, art. 909, fasc. Q., cf chez les grands civilistes, Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil, 10ème éd. par Julliot de la Morandière, t. III, 1950, n° 1455, Dalloz, Planiol, et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. V, par Trasbot et Y. Loussouarn, n° 239, 2ème édition 1957, Aubry et Rau, Cours de droit civil, t. X, 6ème édition 1954, Librairies techniques par P. Esmein, § 649, p. 446.

(112) Grenoble 6 février 1830, Paris 9 mai 1820, Caen 10 août 1841, *D. jur. gén.* V° dispositions entre vifs et testamentaires, n° 363 p. 167, n° 365 et 366 p. 168, tome XVI 1ère partie, Paris 1856.

(113) Lyon 17 juin 1896 : *D. P.* 1897, 2, 419.

(114) Cass. civ. 1er - 10 octobre 1978 : *J.C.P.* 78, éd. G., IV, 342 et 81, éd. N, II 97 note M. Dagot ; D.S. 1979 I.R. 75, obser. D. Martin, *RTDC* 1980 709, obs. Savatier.

(115) Cf. op. cit. note 37.

(116) En effet les pharmaciens dépassant leurs fonctions sont également incapables de recevoir selon l'art. 909 du Code civil, a fortiori toute personne exerçant illégalement la médecine.

autorité religieuse reconnue telle à l'exclusion des "sorciers", "gourous", ou "chamanes", car leur pratique ne constitue pas un véritable culte (117). La doctrine estime généralement que c'est seulement dans l'hypothèse où le "sorcier" administrerait un traitement par envoûtement ou par magnétisme par exemple, qu'il tomberait sous l'incapacité visant la médecine (118). Selon M. Dutheillet - Lamonthezie, des legs consentis aux sorciers pourraient être annulés sur la base de l'article 911 du Code civil qui dispose que "*toute disposition au profit d'un incapable sera nulle (...)*" (119). Cependant nous avons vu que cette "incapacité" n'allait pas de soi puisque la jurisprudence permettait à tout praticien de l'occulte de tester librement sauf s'il a manifestement perdu la raison (120). Dès lors, on voit mal pourquoi un sorcier pourrait tester en pleine capacité et être déclaré incapable de recevoir un legs. Tout dépendra finalement d'un examen *médical* de la santé mentale d'une personne comme une autre, abstraction faite de ses croyances spirituelles. Afin d'appréhender juridiquement le phénomène de la pratique des sciences occultes, notre droit dispose, à côté de dispositions civiles, d'un large éventail de dispositions pénales qui, d'une manière plus directe, désormais, tâche d'éviter que leur exercice quotidien, rémunéré conduisent au délit d'escroquerie pur et simple.

SECTION 2 - LA PRÉVENTION DIRECTE DANS LA JURISPRUDENCE PÉNALE

58 - L'existence de " délits obstacles" à la pratique des sciences occultes. Certaines infractions incriminent distinctement des pratiques indépendamment de leurs effets à plus long terme et s'efforcent par conséquent de prévenir un dommage plus grand encore, une atteinte aux biens plus préjudiciable. En effet, on peut tout d'abord penser que l'article R. 34. 7° du Code pénal réprime une profession, les devins, en tant que telle et entend protéger pénalement les personnes les plus crédules de notre société, que l'article L 372 du Code de la santé publique réprime l'exercice illégal de la médecine pour protéger une profession et l'intérêt des patients, que l'article 44 de la loi du 27 décembre 1973 interdit la publicité fausse ou de nature à induire en erreur pour protéger le consommateur et les concurrents commerciaux. En réalité, ces textes recouvrent aussi une unité d'esprit plus profonde,

(117) Aubry et Rau, "*Cours de droit civil français*", t. X par Esmein, § 649, p. 450. De nos jours, des "sectes" organisées sur la base d'associations culturelles, offrant à leurs adeptes, les services de personnes très charismatiques prétendant avoir des pouvoirs surnaturels, pourraient donner lieu à des applications différentes du texte, cf infra n° 132 et s. On peut remarquer aussi que selon la volonté de sévérité, on peut expliquer l'interprétation plus ou moins stricte des termes "médecin", "confessionnel" ou "culte". Par analogie, on peut penser peut-être que la jurisprudence si l'occasion se présentait, entendrait l'expression "confessionnel" d'une manière stricte pour éviter qu'un "mage" ou un "sorcier" invoque l'article 4 de la loi du 6 juillet 1989, cf. supra n° 49.

(118) B. Dutheillet - Lamonthezie, "Donations et testament", op. cit. p. 3.

(119) B. Dutheillet - Lamonthezie, in *ibidem*.

(120) Cf. supra n° 55.

ils s'harmonisent autour des objectifs que le législateur leur a assignés. Leur action combinée permet en effet de cantonner l'irrationnel dans notre société et d'exprimer certaines valeurs auxquelles celle-ci est très attachée, comme par exemple la valeur scientifique d'un raisonnement logique, la cohérence d'un système juridique et politique fondé sur la raison, la protection aussi d'un consentement, d'une conscience que l'on voudrait la plus autonome et la plus raisonnable possible. M. Levasseur en tant que criminologue, a dans sa théorie des délits obstacles, mis en évidence l'intérêt qu'il y avait à repérer très tôt dans le temps, l'état dangereux prédélictuel d'un agent, signe avant coureur d'actions délictuelles plus dommageables encore, qu'il fallait réprimer distinctement pour "faire obstacle" préventivement à un comportement plus grave (121). Ainsi l'acte d'incitation qu'est une publicité vantant les mérites de tel ou tel sorcier sera sanctionnée en soi et avant même qu'une personne crédule ne soit abusée gravement, comme le fait d'accomplir tout acte médical sans en avoir les diplômes, ou le fait d'exercer habituellement le métier de devin. De la même manière que l'on réprime le fait de conduire en état d'ivresse indépendamment de tout dommage causé. Cet objectif de notre droit pénal moderne présent explicitement, d'une manière générale, dans beaucoup de textes pénaux récents (le dopage, les stupéfiants, le suicide) se retrouve implicitement dans d'autres textes qu'il convient désormais d'envisager plus en détail.

§ I - Le métier de deviner et de pronostiquer

Les articles R. 34. 7° et R. 36. 2° du Code pénal

59 - Une contravention méconnue. Quasiment tombé en désuétude dans la pratique judiciaire, l'article R. 34. 7° du Code pénal incrimine : "*les gens qui font métier de deviner et pronostiquer, ou d'expliquer les songes*" en les punissant d'une amende de 600 Frs à 13.000 Frs inclusivement. Cette contravention de la troisième classe qui reprend les dispositions de l'ancien article 479. 7° a subi une interprétation jurisprudentielle restrictive au regard de ces éléments constitutifs. Le comportement incriminé a lui-même depuis le XVIIIème siècle bénéficié de pénalités de moins en moins fortes d'une manière générale. C'est pourquoi, il conviendra d'analyser les éléments constitutifs de l'infraction et ses pénalités avant d'envisager la question de son évolution et de son devenir.

(121) Cf. Philippot, *Les infractions préventives*, thèse droit Nancy 1977, "*Les délits de mise en danger*", Actes du colloque préparatoire au Xème congrès international de droit pénal, *Rev. int. dr. priv.* 1969. G. Stephani, G. Levasseur, B. Bouloc "*Droit pénal général*", *Precis Dalloz*, 13ème édition 1987, n° 25 et 52 "*Ouvrages avancés de la répression*". J. Borricand, *Droit pénal*, Masson 1973, p. 93. Merle et Vitu, "*Traité de droit criminel, problèmes généraux de science criminelle, droit pénal général*", 1984, Cujas, 6ème édition, n° 451 et 485.

Al Les éléments constitutifs de l'infraction

60 - Deux pratiques distinctes. L'article R. 34. 7° du Code pénal, réprime ceux qui font seulement le métier de deviner et de pronostiquer l'avenir d'une part et d'autre part d'expliquer les songes. Ces deux opérations présentent un caractère indépendant en jurisprudence puisque la prédiction de l'avenir est sanctionnée quels que soient les moyens occultes utilisés. De plus c'est l'opération de divination proprement dite plus que "l'interprétation des songes" qui est surtout visée par le texte. Cette dernière, en effet, n'a pratiquement jamais trouvé à être appliquée, si ce n'est pour Freud et ses disciples qui ont eu bien du mal à développer la psychanalyse... Les éléments constitutifs de l'infraction sont au nombre de deux et ne comporte pas un élément moral particulier, car en tant que contravention ne spécifiant pas un dol spécial, la jurisprudence la qualifie d'infraction matérielle exclusif d'un élément intentionnel (122). Il s'agit de réunir essentiellement la pratique d'un métier et l'utilisation d'une méthode de divination mettant en application une science occulte.

1) Le métier

Généralement, le métier est caractérisé par son caractère habituel et l'existence d'une rémunération.

61 - L'exigence d'une rémunération. La jurisprudence s'attache à voir dans la rémunération un élément déterminant de l'infraction. En effet pour chacun de ses actes, le devin doit recevoir en contrepartie une somme d'argent ou tout autre bien. L'existence d'une rémunération fera présumer l'infraction (123) et les moyens utilisés pour la remise des fonds présentent un caractère primordial susceptible de réaliser le délit d'escroquerie (124). La doctrine estime généralement qu'en présence de prestations gracieuses et habituelles, l'infraction ne serait pas constituée (125). Récemment, la Cour d'appel de Paris, le 24 novembre 1988 (126) à propos d'une affaire d'escroquerie au moyen d'un rituel occulte, a estimé que "les sommes versées étaient supérieures à la rémunération d'une activité de voyance normale". Il semble dès lors qu'à contrario, la pratique de voyance à un tarif "normal" soit désormais licite en jurisprudence. Ainsi, malgré l'interdiction pénale de la divination dont la voyance est une des expressions majeures, la jurisprudence pourrait avoir légalisé une pratique à la condition que les "honoraires" des praticiens ne dépassent pas une certaine somme dont les tribunaux apprécieront la justice et "la normalité".

(122) R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général* Edition Cujas, 6ème édition, Paris 1984, n° 562.

(123) Trib. pol. La Fère en Tardenois, 26 mai 1945, *Gaz. Pal.* 1946, 1, 147, *Rev. sc crim.* 1967, 861, obs. A. Vitu.

(124) Cf. infra n° 89.

(125) R. Pugnière, *Jurisclasseur pénal*, article R. 34. 7°, fasc. 41.

(126) Paris, 24 novembre 1988, *Juris-data* n° 88-27715.

62 - L'exigence de l'habitude. L'élément habituel du métier, suppose la réalisation d'un nombre d'actes suffisamment importants et répétés. Ceux-ci peuvent avoir lieu dans un lieu privé, clandestinement, ou dans un lieu public (fêtes foraines, marchés...). Une publicité n'est donc pas nécessaire à la constitution de l'infraction.

63 - La définition jurisprudentielle de la divination. La jurisprudence exige en outre que l'acte de divination porte exclusivement sur la prédiction de l'avenir c'est-à-dire sur le fait de "découvrir par des moyens divers le destin de l'homme et même prétendre le modifier" (127). En l'espèce, le prévenu, le "professeur Morkos" utilisait la cartomancie qualifiée par la Cour d'appel "d'art divinatoire majeur se pratiquant avec des cartes à jouer ordinaires ou mieux encore avec celles appelées tarots". La divination peut désigner aussi en jurisprudence, la volonté de transformer le futur par le désenvoûtement et l'hypnose (128). Mais l'approche restrictive du texte par la jurisprudence s'est surtout traduite par la relaxe des personnes ayant donné seulement des conseils sur la conduite à tenir (129), ou prodiguer des indications de vraisemblances ou de simples possibilités (130), ce qui nous amène à analyser les différentes méthodes de divination employées.

2) Les méthodes de divination

64 - Des méthodes très diverses. La divination de l'avenir méconnaissable est selon le Littré l'art chimérique de savoir ou de prédire l'avenir par de fausses sciences. Étymologiquement, ce terme reposait sur la devination, le passage de la voyelle "e" à la voyelle "i" est révélateur de l'importance du caractère divin que le devin prenait à son compte de plus en plus. Ces méthodes vont des plus anciennes (cartes, tarots, boules de cristal, marc de café, lecture des lignes de la main) aux plus modernes (utilisation du minitel, du micro ordinateur...).

Elles reposent généralement sur l'existence d'un don particulier (131). La jurisprudence s'est montrée très prudente, très hésitante quant à la valeur scientifique de telle ou telle méthode, ce qui l'a conduite à avoir une attitude plutôt indulgente par rapport à certaines méthodes de divination qualifiées de scientifiques. Il est certain tout d'abord que n'est pas sanctionnable la prévision ou les pronostics de sujets particuliers par une analyse scientifique, rationnelle, prudente du passé et du présent (ainsi pour une compétition sportive, l'évolution d'une maladie, la météorologie, les perspectives financières ou

(127) Aix en Provence, 12 janvier 1968, *D.* 68, somm. 123, T.C. Marseille 12 avril 1967, *Gaz. Pal.* 1968, 1, 329 dans la même affaire.

(128) Trib. pol., Lyon, 6 septembre 1984, inédit, cité in Jurisclasseur pénal, article R. 34. 7°, op. cit.

(129) T.C. Lisieux, 4 janvier 1952, *Gaz. Pal.* 1952, 1, 383 ; *D.* 1952, 460.

(130) Trib. pol. Nice, 12 mars 1962, *J.C.P.* 1963, 11, 13023 ; *Gaz. Pal.* 1962, 1, 337 ; *Rev. sc. crim.* 1962, 519, obs. Huguency.

(131) T. C. Seine, 7 décembre 1852, *D. P.* 1853, 3, 8.

monétaires...). D'ailleurs, des événements plus ou moins imprévisibles ont montré récemment la propension à l'erreur de nos experts en politique (la chute du monde de l'Est a surpris ainsi plus d'un intellectuel). En revanche, si l'on passe en revue les différentes sciences occultes déferées devant les tribunaux on constate que toutes ne trouvent pas grâce aux yeux du juge.

65 - L'astrologie. L'astrologie, art divinatoire ancien cherche à déterminer l'influence des astres sur le cours des événements terrestres et à en tirer des prédictions d'avenir soit de caractère général, intéressant les événements locaux ou mondiaux, soit relatives à un individu en fonction du signe du zodiaque, de leur date de naissance et des conjonctions astrales. Sa pratique, sa connaissance, sont aujourd'hui largement diffusées par les médias qui fournissent une multitude d'horoscopes à un nombre de plus en plus important de personnes. Les tribunaux ont été à son égard très indulgent. Ainsi a-t-on relaxé un illusionniste distribuant des horoscopes après la séance au début du siècle (132). Une décision du tribunal correctionnel de Lisieux du 4 janvier 1952 (133) a considéré que l'astrologue qui se contente de rechercher "dans les influences astrales, les tendances et les traits de caractère se borne à indiquer une tendance et à donner des conseils sur des aptitudes ou des inclinaisons, sans fournir de prédiction", ainsi, aucun texte n'interdisait à cette dernière d'indiquer moyennant le versement d'un prix aux personnes qui se rendaient volontairement chez elle, les évolutions probables des événements humains. De même le tribunal de police de Nice a le 12 mars 1962 (134) estimé que les prédictions d'une astrologue étaient le résultat "d'une utilisation d'une science reconnue telle que la science astronomique". La doctrine a dans son ensemble vivement critiqué ces jugements, reflets d'une tendance libérale existante par ailleurs dans nos sociétés, se référant à des scientifiques qui eux-mêmes ont aussi une attitude extrêmement critique à l'encontre de l'astrologie (135).

66 - Graphologie et Radiesthésie. La graphologie comme l'astrologie bénéficie aussi d'une large immunité car elle ne constitue pas un procédé de divination "mais un moyen éprouvé de psychodiagnostic par l'étude de l'écriture" (136). La radiesthésie, procédé scientifique licite pour la recherche d'eau dans le sol, de

(132) Trib. pol. Carentan, 11 juillet 1916, *Bull J.P.* 1916, 244.

(133) Op. cit. note n° 129.

(134) Op. cit. note n° 130.

(135) J. Largier *"Le juge et l'astrologue"* J.C.P. 1963, éd. G, I, 1744. A. Vitu, *Rev. sc. crim.*, 1968, p. 331, 1967, p. 860. L. Huguency, *Rev. sc. crim.*, 1962, p. 519 *"Le temps est loin où les devins étaient condamnés aux galères ou au bannissement"*. L. Lambert, *Traité de droit pénal spécial*, édition Police revue, 1968, p. 363. Pour les critiques d'ordre scientifique : P. Couderc, *"L'astrologie"* coll. Que sais-je ?, Paris, PUF, n° 508 (1974). A. Cuniot *"Incroyable... mais faux"* (Essai critique sur l'obscurantisme moderne) coll. zététique l'horizon chimérique, Bordeaux 1989. H. Broch, *"Le paranormal"*, éd. du Seuil, Paris 1989.

(136) Aix en Provence, 12 janvier 1968, op. cit.

gisements métalliques, est en revanche illicite lorsque son utilisation est faite pour établir un diagnostic, soigner un malade et peut constituer en outre, un cas d'exercice illégal de la médecine (137). Ainsi, l'utilisation du pendule par "un sourcier pendulisant" sur des photos pour rechercher des personnes disparues est sanctionnée comme de la divination (138), en l'espèce pour la recherche d'une personne déportée par les allemands pendant la guerre.

B/ Les pénalités

Depuis le décret n° 85. 956, du 11 septembre 1985 (J.O. 12 septembre 1985), cette contravention de 3ème classe est punie d'une amende de 600 Frs à 1.300 Frs inclusivement et les peines d'emprisonnement de 4 jours au plus et 8 jours au plus pour les récidivistes ont été abrogées. Enfin, l'art. R. 36. 2° du Code pénal ordonne la saisie et la confiscation des instruments, ustensiles et costumes servant ou destinés à l'exercice du métier de devin, pronostiqueur ou interprète des songes, cette peine complémentaire est obligatoire (139). Si en théorie, cette infraction paraît d'une utilisation relativement facile, compte tenu du nombre de professionnels de la divination exerçant quotidiennement, on est, en pratique, confronté à la question de son devenir.

C/ L'évolution et le devenir de l'infraction

67 - Une grande tolérance en pratique. Selon l'opinion de la doctrine (140), l'infraction de l'article R 34. 7° du Code pénal représente un cas mineur d'escroquerie qui a été contraventionnalisé par le législateur pour rendre plus facile la répression car les conditions de réalisation de la contravention sont plus commodes et moins rigoureuses que celles du délit (141). Or, force est de constater qu'en pratique la répression est très faible, les décisions rarissimes devant le tribunal de police et une enquête rapide des politiques des parquets de la région d'Aix-Marseille démontre à l'évidence que le texte n'est plus appliqué et que les poursuites ne sont plus exercées, le ministère public préférant plutôt poursuivre sous le chef plus grave d'escroquerie. Le courant jurisprudentiel indulgent au sujet de la divination remonte environ à la fin de la seconde guerre mondiale et il a justifié une interprétation restrictive du champ d'application du texte par deux arguments principaux :

1°/ La divination prohibée ne peut être que l'art de prédire professionnellement avec une grande précision les choses futures. Les

(137) Cf. infra n° 75.

(138) Trib. pol. La Fère en Tardenois, 26 mai 1945, op. cit., note n° 122.

(139) Cass. crim. 18 janvier 1835, *Bull. crim.*, n° 242.

(140) A. Vitu, *Rev. sc. crim.*, 1967, 860. Garçon, Rousselet, Patin et Ancel, "Code pénal annoté", livre III, article 405, n° 377 et s., p. 128. Donnedieu de Vabres, *Rev. sc. crim.*, 1936, p. 75 et 1938, p. 497.

(141) La notion de manœuvres frauduleuses de l'escroquerie étant plus délicate, cf. infra n° 81 et s.

chiromanciens ou les cartomanciens ne sont alors que des prodigueurs de conseils en vraisemblances.

2°/ Si les praticiens utilisent des procédés scientifiques l'infraction n'est pas constituée.

A ces deux arguments on peut répondre que :

a) La distinction entre l'attitude de donner des conseils imprécis sur l'avenir et la prédiction précise est très difficile à opérer en pratique. De plus, l'influence du devin et la crédulité du client aidant, contribuent à rendre ces conseils en directives impératives. La distinction en réalité revêt une certaine superficialité car elle a surtout eu pour effet, de légitimer et d'autoriser des pratiques que le législateur tout au long du XIXème siècle avait tenté de marginaliser. Il est bien certain de plus que la plupart des consultants viennent trouver un voyant ou un astrologue pour qu'il leur prédise l'avenir avec une précision suffisante puisqu'ils le questionneront sur une histoire sentimentale, une expectative professionnelle, la résolution de telle ou telle difficulté précise.

b) L'hésitation et la prudence des tribunaux face à des sciences qui se posent comme telles est compréhensible. Pourtant l'appel à des experts en parapsychologie, aux témoignages de scientifiques reconnus pourraient entraîner le débat judiciaire vers une approche plus juste de la question. En effet, motiver une décision en disant qu'en tant que science, l'astrologie équivaut à l'astronomie (142) a de quoi faire bondir tout astronome dont aucun n'a d'ailleurs attribué à cette dernière une quelconque valeur scientifique.

Enfin, la prise de position de certains scientifiques permet de penser qu'il ne faut pas préjuger de la valeur scientifique des certaines pratiques (graphologie, encromanie, hypnotisme, magnétisme...), le juge doit néanmoins veiller à ce que derrière les prétentions plus ou moins scientifiques de certains, ne se développent des activités de charlatanisme exploitant la crédulité humaine par l'attrait extraordinaire que propose la faculté de connaître l'avenir.

68 - Un cas d'ineffectivité du droit ? Le phénomène d'ineffectivité du droit n'est pas rare en droit pénal en matière de mœurs (143) ni en droit en général et conduit à se poser un certain nombre de questions. N'y aurait-il pas en effet dans ce phénomène, un exemple nouveau de "flexible droit" cher à M. Carbonnier (144) ? Une loi, même s'il ne s'agit en l'occurrence que d'un acte relevant du pouvoir réglementaire de l'article 37 de la Constitution, n'en reste pas moins "la loi", l'effectivité n'appartient pas à la définition de la règle de

(142) T. Pol., 12 mars 1962 op. cit.

(143) D. Mayer, *Rev. sc. crim.*, 1989, 442, "De quelques aspects de la dépenalisation actuelle en France en matière de mœurs". L'auteur remarque l'absence de choix éthique au profit de la légitimation de la pratique sociale à propos de l'I.V.G., de l'avortement, de l'homosexualité pour les mineurs de plus de 15 ans consentants. M. Delmas - Marty (p. 441) note quant à elle que la tolérance sociale entraîne un retrait du droit pénal dans de nombreux domaines (contraventions routières, délits financiers).

(144) J. Carbonnier, "Flexibile droit : pour une sociologie du droit sans rigueur", Paris, LGDJ, 1988, 6ème édition, p. 125 s.

droit. D'un point de vue de sociologie juridique, une règle abrogée par perte d'effectivité montre que "des forces sociales vives sont à l'œuvre" selon M. Carbonnier (145). Or, il s'agit bien du cas qui nous préoccupe ici, l'irrationnel ayant pris une dimension nouvelle et un essor considérable en cette seconde moitié du XXème siècle en occident. Mais encore faut-il qu'il y ait réellement désuétude, abandon de la règle, or bien souvent il ne s'agit que d'une simple tolérance administrative où les parquets ne croient plus opportun d'exercer des poursuites sur ce chef particulier mais préfèrent poursuivre pour des hypothèses graves d'escroquerie (146). La notion d'ineffectivité présente donc un caractère relatif puisque ces causes sont multiples : tolérance administrative, politique, criminelle des parquets, désuétude stricto sensu, incompréhension dans l'opinion publique très forte pour la majorité de nos concitoyens où verbaliser un voyant paraîtrait à beaucoup anachronique, tant leur profession est légitimé médiatiquement. Cependant, nous pensons avec M. Carbonnier que la règle de droit pourrait avoir une autre vocation que l'effectivité, ainsi même ineffective, une règle comme l'art. R 34. 7° du Code pénal a son utilité sociale car elle a une dimension comminatoire, créant un climat de responsabilité, de "mauvaise conscience" qui s'opposerait en quelque sorte à des violations plus étendues. Au risque d'exercer à notre tour des prévisions imprudentes sur le devenir de cette infraction, il est permis de penser qu'il semble pour le moins fragile. Une tendance de notre droit à s'incliner devant les faits, c'est-à-dire devant la légitimation sociale de la divination, la simple valeur réglementaire de l'article R. 34. 7° pouvant être remise en cause par un simple règlement de l'exécutif, la chaîne refonte du Code pénal avec un souci de "dépoussiérer" l'ancien Code de 1810 tendrait plutôt à pronostiquer une abrogation prochaine de ce texte. Il n'en demeure pas moins que les autres qualifications pénales applicables sont à l'inverse bien "vivantes" juridiquement parlant.

§ 2 - La publicité fausse ou de nature à induire en erreur

La publicité est, d'une manière générale, présentée comme un facteur de concurrence dans un régime de liberté de l'activité économique et doit pour cette raison obéir aussi à un régime de liberté de principe. Son interdiction ne doit alors concerner que les abus justifiés par le souci de protéger les consommateurs et l'ordre public. De même, le premier impératif d'une bonne publicité, doit être de ne soutenir que les produits dont l'utilité est réelle pour le corps social ou tout au moins qui ne soient pas trop nocifs (147). Jusqu'en 1963, les pouvoirs publics ne s'étaient pas souciés de protéger le consommateur contre une publicité mensongère. C'est par la loi de finance du 2 juillet 1963 que fut créé le délit de publicité mensongère dans ses articles 5 et 6. En raison des lacunes que présentait le texte (conditions strictes, domaine étroit...), il fut amélioré par la loi n° 73-193 du 27 décembre 1973

(145) J. Carbonnier, op. cit, p. 129.

(146) Cf. infra n° 67.

(147) B. de Plas et H. Verdier, "La publicité", coll. Que sais je ?, P.U.F., 12ème édition 1974, p. 120.

d'orientation du commerce et de l'artisanat. L'article 44. 1 dispose désormais : *"est interdit toute publicité comportant sous quelques formes que ce soit des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après : existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriété, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabriquant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires"*.

Plus sévère, plus large, le nouveau texte poursuivait un double but : protéger les concurrents, protéger le consommateur dont le consentement risque d'être vicié.

En outre, le législateur durant ces vingt dernières années a pris des dispositions applicables à certaines formes de publicité fausse que l'on rencontre dans l'exercice d'activités particulières comme le secteur de la santé publique. Il conviendra donc de s'interroger sur l'application de la réglementation générale du message publicitaire des objets ou services ayant trait aux sciences occultes avant d'envisager le domaine spécial de la santé publique où là aussi certaines publicités vantant des guérisons, sont susceptibles d'être interdites.

1) Le droit général de la publicité interdite

Dans le cadre général du délit de l'article 44.1 de la loi de 1973, des publicités préconisant les mérites de tel ou tel objet ayant des vertus bienfaisantes ou malfaisantes ou le service de professionnels de l'occulte (mage, sorcier, voyant...) exagérant leurs facultés réelles sont fréquemment sanctionnées en jurisprudence car ils réunissent les éléments constitutifs du délit. Dans ce contexte, le Bureau de Vérification de la Publicité (B.V.P.) joue à l'heure actuelle un rôle essentiel de moralisation de ce type de marché publicitaire.

69 - Les éléments constitutifs de l'infraction de la publicité trompeuse. Depuis que la mauvaise foi n'est plus un élément constitutif de l'infraction, il a été jugé que l'absence de mensonge est indifférente à la réalisation du délit (148). Ainsi le texte a une portée générale (149) et la qualité de l'annonceur, professionnel, ou simple particulier, association à but non lucratif, importe peu.

Il convient alors que soient établis :

- 1 - une publicité
- 2 - comportant des allégations, indications, présentations fausses ou de nature à induire en erreur.
- 3 - portant sur un ou plusieurs éléments caractéristiques du produit ou de la prestation de service ou sur l'identité et les qualités des professionnels intéressés.

(148) Crim, 27 octobre 1980, *Bull. crim.* n° 275.

(149) Crim, 24 mars 1987, *J.C.P.* 88, II, 21 017.

Ainsi, des allégations intrinsèquement fausses sur la teneur en principes utiles (150) requises dans la deuxième condition, des fausses qualités (faux agréments, titres ou pouvoirs comme "expert" "professeur X") se rencontrent souvent dans les messages publicitaires relatifs au marché de l'occulte. Faire allusion par exemple au pouvoir d'une substance ayant des facultés curatives constitue une publicité fautive sur la teneur en principes utiles (151). De nombreuses décisions ont sanctionné les publicités sur des bracelets de force miraculeux, des objets rendant amoureux ou des pendentifs en pierre de Lourdes, des jupes antigrippes et témoignent d'une grande sévérité (152). Les termes de "professeur", d'"expert" sont condamnés quand on ne l'est pas. Le tribunal correctionnel de Grasse, le 28 novembre 1978, (153) a condamné un prévenu ayant fait paraître à deux reprises des annonces relatives à un cabinet d'occultisme où il prétendait être titulaire d'un pouvoir magique attirant amour, argent et vitalité, à 20.000 F d'amende et trois insertions du jugement dans la presse et l'affichage pendant sept jours sur la porte extérieure de son cabinet. Cette dernière peine étant peut-être la plus remarquable et la plus originale sur le plan de la répression des sciences occultes. N'est-on pas alors forcé de se demander comment un marché économique aussi important que celui de l'occulte peut subsister si son corollaire, la liberté de publicité lui est sinon complètement interdite du moins très limitée ? En effet, ce n'est pas un moindre paradoxe de notre droit que de légitimer certaines pratiques ésotériques en les tolérant puis de leur limiter plus ou moins l'accès à la publicité. Logiquement si le monde de l'occulte et son marché représentent un danger pour l'ordre social contre lequel il faut se prémunir, une attitude cohérente consisterait à poursuivre les devins et leur recours à la publicité sur la base des textes existants mais notre droit préfère tolérer d'un côté tout en ne voulant pas trop que cela s'affiche dans les vecteurs de la communication pour tenter de restreindre leurs impacts. La Cour de cassation a jugé dans le même sens que le fait d'attribuer gratuitement à un bijou vendu des qualités qu'il ne possède pas, telles que "porte bonheur" constitue une publicité

(150) L'expression est reprise par la loi du 1er août 1905 sur les fraudes. La jurisprudence l'applique quelquefois. Ainsi le trib. corr. de Lyon (7 août 1987 inédit cité in Jurisclasseur pénal, op. cit.) condamne une voyante pour publicité mensongère (elle se prétendait "messagère de l'au-delà" "prêtresse et mage spécialiste de l'occultisme") escroquerie et tromperie sur la qualité substantielle de la marchandise vendue (art. 1er de la loi de 1905) car elle vendait des pentacles soit disant en or et bénis par le Pape.

(151) A propos de l'élixir de Bel Vefer donnant longue vie, TGI Seine 20 janvier 1967, D. 1967 311.n. Fourgoux, le jugement retient en outre, le délit d'exercice illégal de la médecine.

(152) Exemples : T.C. Grasse 29 juin 1979, *Lettre de la distribution*, 1980, n° 3, T.C. Paris 24 novembre 1965, D. 1967, 52 n. Fourgoux ; T.C. Troyes 7 novembre 1967, D. 1968, 440, n. Fourgoux ; A propos de la "pierre magnétique du Nord" crim. 28 avril 1964, D. 1964, 521. Cf Pornin, Appareils miracles, une purge nécessaire, consommateurs actualités 1986.

(153) *Cahier dr. de l'entreprise* 2, 1980, 24.

de nature à induire en erreur (154). Ces objets sont en définitive sources de bonheur, de fortune, d'amour ou améliorent miraculeusement l'état moral ou physique des intéressés. Leurs effets magiques ne sont pas prouvés à l'exception d'un effet d'autosuggestion qui relève plus de la psychologie appliquée que du magique. Ils sont en outre souvent vendus à des prix exorbitants, ce dont le juge tiendra compte dans son appréciation. A l'heure actuelle au parquet de Nice est en cours l'instruction d'une affaire qui avait défrayé la chronique en septembre 1989 lorsque D. Gilbert, la célèbre présentatrice du petit écran, avait été inculpée pour complicité d'escroquerie et de publicité mensongère (155). La publicité de la fameuse "bague de Ré" était de nature mensongère car elle contenait une offre dite de "satisfait ou remboursé" qui n'avait pas été respectée alors que des clients avaient été déçus des effets de cette bague capable d'assurer bonheur et fortune. Dans cette affaire, le B.V.P. avait fait supprimer dans l'annonce dès le mois de septembre 1988 les obligations relatives à la santé. Son rôle moralisateur dans la profession doit être envisagé car il lutte contre les publicités ayant trait aux sciences occultes.

70 - Le rôle du Bureau de Vérification de la Publicité. Le B.V.P. est une association à but non lucratif, régie par la loi du 1er juillet 1901 qui publie des recommandations afin d'autocontrôler les professionnels de la publicité. C'est un instrument essentiel de défense des intérêts des consommateurs et un partenaire privilégié des pouvoirs publics puisqu'il peut se constituer partie civile devant le juge répressif. Parmi ses recommandations les sciences occultes, la superstition, le fétichisme arrivent en bonne position.

Ainsi le Code de pratiques loyales en matière de marketing de la chambre du commerce et de l'industrie prévoit dans ses articles 2 et 3, al. 2 que :

article 2 : "La publicité doit être conçue de manière à ne pas abuser de la confiance ou à ne pas exploiter le manque d'expérience ou de connaissance du consommateur".

article 3 al. 2 : "La publicité doit proscrire toute exploitation de la superstition".

On note en outre que les agences de publicité et les supports qui acceptent de diffuser ce type de publicité doivent impérativement refuser tout message faisant état de :

- garanties implicites ou explicites de résultat,
- infaillibilité,

(154) Cass. crim. 25 novembre 1980, n° 80 91 213 inédit cité in Lamy droit économique 1990, n° 3544.

(155) Cf. notamment in "Le Monde" 8 septembre 1989, p. 14 - 14 septembre 1989, p. 28 - 15 septembre 1989, p. 13 - 16 septembre 1989, p. 13. Mme D. Gilbert est inculpée d'escroquerie et de publicité mensongère avec le PDG de la société qui diffusait et le concepteur de publicité. Le marché était estimé à 80 millions de francs. L'affaire est toujours en cours d'instruction. Les dossiers du Canard, op. cit. p. 64 et s. Cette affaire a suscité une question parlementaire (Rep. min. J.O., A.N., 22 janvier 1990, p. 317) dans laquelle on peut noter le refus d'augmenter les pouvoirs du B.V.P. en la matière.

- promesses impossibles à tenir ("solution à tous vos problèmes", "résolution de vos vœux" ...),
- aptitude à dominer le hasard,
- magie, sorcellerie,
- influence sur le libre arbitre (envoûtement) ou les sentiments d'autrui (retour d'affection, etc...),
- compétences particulières dans des domaines nécessitant un titre ou des connaissances approfondies (santé, justice, affaires, etc...),
- "Savoirs ou sciences" spécifiques quand le contenu réel n'est pas précisé,
- diplômes fantaisistes non délivrés par l'État,
- prédictions réalisées sans preuve de publication ou sans authentification par un officier ministériel,
- horoscopes "personnels" lorsque ceux-ci ne font pas l'objet d'une étude individuelle (circulaires, textes standards, etc...).

Le rôle du BVP n'est pas de porter un jugement de valeur sur la diffusion des messages, ce qui appartient au support, mais d'intervenir sur le contenu rédactionnel des annonces. Sa tâche est fort délicate et il s'efforce de déconseiller l'emploi de certains mots ou références : "professeur" "marabout", "parution au J.O.", "vu à la télé", etc... "voyance en directe" par minitel alors que le dialogue est préétabli par la machine. En effet, le métier a connu une évolution considérable en quelques années, après les petites annonces dans la presse et le traditionnel bouche à oreilles, nos voyants, sorciers, marabouts, mages ou médiums extralucides se tournent vers les envois de "mailings" personnalisés à partir de fichiers ciblés, le minitel, le téléphone, les distributions dans le métro, les stars de la télévision qui en vantent les mérites (D. Gilbert, G. Lux...). Le B.V.P. s'efforce aussi d'éviter les abus, les tromperies envers les consommateurs en exigeant par exemple des authentifications juridiques, des documents, une référence à une preuve exacte, tout en veillant à ne pas heurter les croyances de chacun, (souvent les entreprises associent l'accès au bonheur à la possession d'un objet religieux d'une religion établie par exemple Vierge Marie dotée de pouvoirs semblables à ceux de la bague de Ré, croix pour vaincre les maladies...). Devant la recrudescence d'annonces dans le secteur des sciences occultes, notamment dans le domaine de l'édition et de la vente d'ouvrages traitant d'envoûtement, de magie, de méthodes permettant d'acquérir un pouvoir sur autrui, de guides destinés à guérir et se guérir, formules dotant de pouvoirs extraordinaires, le BVP a fortement déconseillé la diffusion de certaines publicités au contenu mensonger même s'il n'est pas douteux que l'édition ou la vente de tels livres soit licite. La recommandation n° SO 3 du 17 octobre 1977 demande aux agences de publicité et aux supports d'exercer la plus grande vigilance et de refuser, tout message comportant des allégations qui pourraient être dangereuses, pour tous les praticiens en sciences occultes, vendeurs d'objets aux prétendus pouvoirs miraculeux. Il faut souligner que cette action d'autodiscipline malgré la difficulté pratique a conduit la majorité de la publicité de ces produits et services à être opérée dans un nombre restreint de publications spécialisées dans l'occulte dont le contenu éditorial est spécifique. Le service de contrôle

du BVP les surveille et s'assure de leur conformité à la réglementation mais ne peut les interdire totalement. Il appartient, en dernière analyse aux publications elles-mêmes de le faire, ce qui est économiquement inconcevable pour l'heure.

2) Le droit spécial de la publicité relative à la santé publique

Lorsqu'une publicité propose d'améliorer la santé d'autrui au moyen de l'application d'une science occulte ou d'un appareil aux vertus magiques, deux textes, les articles L 551 et L 552 du Code de la santé publique pourraient éventuellement être mis en œuvre. La première disposition oblige préventivement l'annonceur qui désire lancer une publicité relative à la santé à obtenir un visa préalable. Le deuxième texte agit "curativement" en permettant une interdiction des publicités pour faux appareils ou produits présentés comme bénéfiques pour la santé.

70 - Le visa préalable obligatoire. La loi n° 72. 7 du 3 janvier 1972 modifiant l'article L 551 du Code de la santé publique, assimile aux médicaments pour l'obligation préalable d'un visa, les produits "favorisant le diagnostic, la prévention ou le traitement des maladies, des affections relevant de la pathologie chirurgicale et des dérèglements physiologiques". Par la suite, l'article 42 de la loi n° 78.23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur de produits et de services a encore allongé la liste des produits dont la publicité est assujettie au visa en y ajoutant les produits présentés comme favorisant "le diagnostic ou la modification de l'état physique ou physiologique, la restauration, la correction ou la modification des fonctions organiques". Si bien que comme l'écrit Mme D. Mayer "*la liste est désormais si complète qu'il semble que tout produit qui se réclame d'un lien, quel qu'il soit, avec la santé doit obtenir le visa pour sa publicité*" (156). Le visa est valable pendant une durée de cinq années et n'entraîne aucune garantie pour l'efficacité thérapeutique du produit. Il peut être retiré par une décision motivée du ministre de la santé publique. Ainsi, en théorie, car en pratique la prévention risque d'être assez inefficace, tout magnétiseur, radiesthésiste, mage proposant des produits capables de guérir ou d'alléger la souffrance humaine doit, sous peine d'être sanctionné d'une amende de 5.000 à 30.000 F. (en récidive 50.000 à 200.000 F.), de destruction des documents, de voir les produits vantés par la publicité irrégulière saisis et confisqués au titre de peines accessoires (Code de la santé publique art L 556), obtenir le visa du ministre de la Santé Publique après avis d'une commission. En outre, d'après l'article L 556 du Code de la santé publique, l'auteur principal de l'infraction est l'agent de publicité au lieu de l'annonceur, comme c'est la règle en matière de publicité trompeuse (157).

(156) D. Mayer, "*Le droit pénal de la publicité*" Masson, Paris, 1979, p. 68.

(157) L'application de l'art. L 551 du Code de la santé publique est tout de même largement théorique. Néanmoins des affaires récentes sur "le marché de la douleur et de la publicité" (Le Monde 29 et 30 avril 1990, p. 8, 26 mai 1990, p. 10), dé-

71 - L'interdiction publicitaire. L'article L 552 du Code de la santé publique pose le principe suivant lequel le ministre de la santé peut ordonner la cessation d'une publicité relative à des objets, appareils ou méthodes présentés comme bénéfiques pour la santé lorsqu'il n'est pas établi que ces objets, appareils ou méthodes présentent les propriétés annoncées. Le champ d'application de ce texte est très large puisqu'il concerne le diagnostic, la prévention ou le traitement des maladies, des affections relevant de la pathologie chirurgicale et des dérèglements physiologiques (L n° 78.23 du 10 janvier 1978, art. 42), la modification de l'état physique ou physiologique, la restauration, la correction ou la modification des fonctions organiques (art. 2 L n° 72.7 du 7 janvier 1972). Ainsi les publicités pour des objets magiques présentés comme dotés de prétendues vertus thérapeutiques sont sanctionnables d'une amende de 5.000 à 20.000 F. (en récidive de 50.000 à 20.000 F.) (158) par l'article L 556 du Code de la santé publique, lorsque en dépit de l'interdiction prononcée par le ministre, la publicité continue à être diffusée. Il faut remarquer que l'application de l'article L 556 du Code de la santé publique, n'empêcherait pas des poursuites fondées sur le délit de publicité mensongère car le fait de présenter un objet, un appareil ou une méthode comme bénéfique pour la santé alors que les propriétés annoncées n'existent pas constitue aussi une publicité fautive ou de nature à induire en erreur (159). En effet la jurisprudence préfère sanctionner ce type de publicité en ayant recours au droit commun de l'article 44 - 1 de la loi du 27 décembre 1973 et si, en théorie, ces articles du Code de la santé publique seraient certainement également applicables, en pratique l'article 44 - 1 est appliqué prioritairement. L'intérêt social primordial concernant la protection de la santé des personnes a conduit non seulement notre système juridique à interdire certaines publicités mais aussi à sanctionner les praticiens des sciences occultes qui, sans les diplômes d'état de médecins ou même de phar-

montrent que les médias dénoncent les abus de certaines publicités relatives à des "bracelets biomagnétiques" malgré le visa de la commission et l'obligation de modifier certains termes et que les tribunaux les relaxent des poursuites de diffamation pour un article intitulé "charlatans à gogo" T.C. de Paris, 22 mai 1990, 17ème ch. correctionnelle qui estime légitime le but poursuivi par les journalistes "qui avaient le droit, dans un domaine aussi sensible, que celui de la santé publique (...) de dénoncer ce qui lui était apparu comme étant une exploitation scandaleuse à des fins commerciales, de malades insuffisamment informés, rendus de surcroît particulièrement vulnérables en raison de leur âge et des maladies invalidantes dont ils pouvaient être atteints". Le tribunal souligne aussi l'impuissance des autorités étatiques d'arrêter ce style de campagnes publicitaires. Cf. Les dossiers du Canard, op. cit., p 49 et s.

(158) A notre connaissance, il semble que le pouvoir réglementaire ne soit pas intervenu sur la base de l'article L 552 al 1 du Code de la santé publique pour interdire un traitement lié à une science occulte directement. Il existe en revanche de nombreux arrêtés ayant interdit la publicité pour des appareils aux propriétés amaigrissantes (arrêtés du 2 juillet 1987, JO du 26 août), appareils d'électrothérapie (7 mars 1989, JO du 25) RTD com. 1988 729, obs. Bouzat, arrêtés du 24 mai 1989 (JO du 25 juin).

(159) Cf. supra n° 69 et s.

maciens exercent leurs talents afin non plus de prédire l'avenir mais de soigner des malades.

§ 3 - L'exercice illégal de la médecine par les guérisseurs

La question des guérisseurs mériterait à elle seule une étude particulière, nous nous bornerons ici à envisager les évolutions jurisprudentielles les plus récentes (160). Des pouvoirs supranaturels, des fluides magnétiques, des dons paranormaux, permettraient de faire le bien, de guérir des souffrances, des maladies. Historiquement la profession des médecins s'est montrée très hostile depuis longtemps aux guérisseurs, l'acte médical leur étant réservé (161). Au XXème siècle, le débat médecine empirique/médecine officielle fait l'objet périodiquement de controverses, de polémiques dans l'actualité médiatique et judiciaire (162). Juridiquement, il convient de préciser les éléments constitutifs du délit et son application prétorienne avant de s'interroger sur une éventuelle évolution en la matière.

A/ Les éléments constitutifs du délit

72 - Comme l'article L 356 - 1 du Code de la santé publique exige qu'une personne se prétendant médecin possède le diplôme français d'Etat de docteur en médecine, l'article L 372 du Code de la santé publique incrimine les personnes qui ne possèdent pas les connaissances voulues dans le souci de protéger la santé humaine par le délit d'exercice illégal de la médecine. Ce délit est sanctionné par une amende de 5.000 F. à 10.000 F. (en cas de récidive de 20.000 à 120.000 F.) et/ou par un emprisonnement de 10 jours à 3 mois (en récidive de 1 mois à 6 mois), ainsi qu'une possible confiscation du matériel (article L 376 du Code de la santé publique, loi n° 87. 588 du 30 juillet 1987, art. 32).

L'article L 372 du Code de la santé publique exige la réunion de 3 éléments constitutifs : - le défaut de qualité chez l'auteur du délit, - l'accomplissement d'actes médicaux, - l'habitude ou la direction suivie. Ni la bonne foi de la personne poursuivie, ni la gratuité des soins donnés n'exonèrent le prévenu.

(160) "*L'exercice illégal de la médecine et les charlatans*" Morand, thèse, Paris, 1927. Beaudot, thèse, Lyon, 1936 montrent que la question ne date pas d'hier.

(161) Dès le XIIIème siècle, on trouve des interdictions d'exercer la médecine sans diplôme mais la loi du 19 ventose an XI l'érige en contravention, la loi du 30 novembre 1892 en fait un délit d'habitude et l'actuel texte (l'article L 372 du Code de la santé publique) est issu d'une ordonnance du 24 septembre 1945.

(162) Procès de M. Mességué, cf *Pour les guérisseurs et la médecine libre* - c/par F. Mouquin - Nancy Berger - Levraut 1967. Procès de M. Burger cité dans "*Incredible mais faux*", op. cit., p. 303 et s., inculpé en avril 1989 d'exercice illégal de la médecine et publicité irrégulière pour méthodes thérapeutiques - M. Burger est l'auteur de la méthode dite "d'instinctothérapie". Cf *L'Express*, 28 avril 1989, p. 97. Les dossiers du canard, op. cit., p. 41 et s.

1) Le défaut de qualité

Parmi les catégories de personnes dépourvues de titre et exerçant irrégulièrement se trouvent en majorité des guérisseurs, des thaumaturges, des radiesthésistes, des magnétiseurs, etc...

2) L'activité médicale illicite

Trois types d'actes peuvent constituer l'exercice illégal de la médecine :

- L'établissement d'un diagnostic, défini comme l'ensemble des actes par lesquels un médecin recherche chez un patient l'existence éventuelle d'une maladie, ses symptômes, sa nature et ses causes.
- Le traitement défini comme tout procédé tendant à l'élimination, à la prévention d'une maladie quelle que soit la valeur scientifique du procédé ou de son efficacité réelle.
- La pratique de l'un des actes professionnels prévus par la nomenclature établie par arrêté du ministre de la santé publique (dans ce cas-là, l'habitude n'est pas requise, il suffit d'un seul acte pour que le délit soit constitué) (163). Ces activités définies très largement permettent d'inculper le guérisseur qui reçoit, examine, soigne les patients sans posséder le diplôme de médecin.

3) L'habitude de l'acte médical

Infraction d'habitude, l'exercice illégal de la médecine suppose au moins la réalisation de deux actes. Un acte isolé de diagnostic ou de traitement ne suffirait donc pas (164). La loi assimile à l'habitude la direction suivie c'est-à-dire la répétition d'actes médicaux sur un même malade. L'application de ce texte aux guérisseurs et aux magnétiseurs notamment, a suscité de nombreux problèmes juridiques en jurisprudence. La rigueur de la loi, la sévérité de la chambre criminelle puis la vigilance des ordres professionnels qui peuvent se constituer partie civile et saisir les tribunaux par voie de citation directe (art. L 375 du Code de la santé publique renvoyant à l'art. 388 du Code de procédure pénale) les ont tranché sans pouvoir arrêter le développement des activités des médecines parallèles ou alternatives où il est parfois très difficile de distinguer l'empirique aux dons véridiques du charlatan abusant de la crédulité et de la vulnérabilité de leurs clients.

B/ Les applications prétoriennes

73 - Une jurisprudence sévère. La jurisprudence a tout d'abord, dans une singulière décision de la chambre criminelle du 9

(163) R. Merle et A. Vitu, "*Droit pénal spécial, traité de droit criminel*", Paris, éd. Cujas, 1982, par A. Vitu, n° 1413. De même en est-il ainsi quand un médecin diplômé prête son concours à un individu qui exerce illégalement la médecine (art. L 372. 3°). Pour un exemple de "collaboration" entre un médecin complice et un radiesthésiste, cf. Cass. crim. 21 décembre 1961, *Gaz. Pal.* 1962. 1 - 241.

(164) Crim. 10 octobre 1956, *Bull. crim.* 623 ; 24 juillet 1967, *Bull. crim.* 235.

janvier 1974 rendue à propos du délit de diffamation, estimée qu'un article mettant en garde le public contre les conséquences dangereuses résultant dans le domaine de la thérapeutique, des préceptes d'un mage ne contient aucun propos diffamatoire à l'égard d'une des adeptes dudit mage (165). Parallèlement à cette jurisprudence indirecte mais témoignant aussi d'un certain état d'esprit de nos tribunaux à l'égard de l'occulte, existe une jurisprudence constante de sévérité et de rigueur par rapport à un texte qui ne lui laissait, il est vrai, pas beaucoup de liberté. A la suite des travaux de Mesmer au XVIIIème siècle sur le magnétisme animal et de ceux des occultistes du XIXème siècle, les magnétiseurs qui influencent le mental et le corps des malades par un fluide magnétique ou plus récemment grâce à un élément "la magnétite" présente dans le sang (166), ont conduit la Chambre criminelle de la Cour de cassation à beaucoup d'hésitations, de prudence pour enfin reconnaître le caractère illicite des pratiques magnétiques. Elle a néanmoins admis l'impunité des actes rituels d'imposition des mains, accompagnés de prières (167). Alors que d'autres décisions répriment l'imposition des mains avec ou sans massages, palpations et qui tendent à l'établissement d'un diagnostic et à l'instauration d'un traitement (168). Comme pour les devins, il importe peu que la profession de magnétiseur soit reconnue et définie dans des textes fiscaux (décret du 20 août 1936), cette mention n'ayant de valeur qu'au regard du droit fiscal et de son principe d'autonomie (169).

75 - La radiesthésie. Les praticiens, qui utilisent la radiesthésie pour rechercher l'organe malade afin d'établir le remède approprié, procèdent à un examen constituant l'exercice illégal de la médecine (170). S'il s'associe avec un médecin pour, en quelque sorte se faire cautionner, ce dernier se rendra complice en rédigeant l'ordonnance et en signant les feuilles de sécurité sociale de médicaments fixés à la suite du diagnostic établi par le radiesthésiste sur la base de l'article L. 372 3° du Code de la santé publique (171).

(165) Cass. crim. 9 janvier 1974, *Gaz. Pal.* 1974, 1, Juris, 185.

(166) Cf. les travaux du professeur Rocard, *Les dossiers du canard, "Le grand bazar du bizarre"*, op. cit., p. 34.

(167) Trib. cor. Seine, 30 mai 1950, *Gaz. Pal.* 1950, 2, 253 - T. C Dunkerque, 7 juillet 1950, *Gaz. Pal.* 1950, 2, 422 - T.C Alès, 7 juin 1957, *J.C.P.* 1957, 11, 10151, note R.M.

(168) Un arrêt du 26 janvier 1966 de la Chambre criminelle de la Cour de cassation (*Gaz. Pal.* 1966 - I - 294, D 1966 - 416) a censuré une décision de la Cour d'appel relaxant un magnétiseur qui prenait la précaution de se renseigner sur le diagnostic du médecin et qui effectuait des impositions de mains sous le contrôle de la médecine officielle, en estimant que le seul fait d'être dépourvu d'un diplôme de médecin et de prendre part habituellement au traitement d'une maladie caractérisait le délit d'exercice illégal de la médecine. (cf. également crim. 4 avril 1957 *D.* 1957, somm. 84. Paris 25 février 1964, *D.* 1964 somm. 75).

(169) Cass. Crim. 19 juin 1957, *Bull. crim.*, n° 506.

(170) T.C. Orléans 29 novembre 1950, *D.* 1951. 246, note A. Tunc ; T.C. Lille, 18 mars 1952, *D.* 53. Somm. 31.

(171) Cass. Crim, 19 mars 1953, *D.* 1953, 664 ; Paris 25 janvier 1965, *J.C.P.* 1965, IV, 47, à propos d'un individu examinant les patients grâce à la pendule dite

Cependant la recherche en la matière est en cours librement et les progrès de la science pourraient résoudre beaucoup de questions. Un médecin pourrait à la limite s'aider des indications fournies par un radiesthésiste pour poser un diagnostic (172).

76 - Les médiums. Les traitements opérés par des médiums (173) consistant en des imprégnations spiritistes des traitements par relaxation psychosomatique, déconditionnement et reconditionnement de la personnalité, les phénomènes de spiritisme ou d'hypnotisme à des fins thérapeutiques constituent des exercices illégaux de la médecine depuis une jurisprudence constante qui débute à la fin du XIXème siècle pour se prolonger jusqu'au XXème siècle. Ainsi dans un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 4 décembre 1986 (174) confirmant un jugement du tribunal correctionnel de Périgueux du 2 mai 1985, un guérisseur prétendait soigner toutes les maladies. La Cour constate qu'il établissait régulièrement des diagnostics, proposait des traitements pour des maladies ou des affections chirurgicales, donnait des consultations verbales ou écrites et qu'il avait même sollicité une carte professionnelle de guérisseur de maladies incurables. Pour la Cour d'appel de Bordeaux, ces prétentions constituent "un réel danger pour la santé publique" et procèdent "d'un complet charlatanisme" aussi elle condamne le guérisseur à une amende de 20.000 F. (en première instance elle n'était que de 15.000 F.). Parfois l'espèce peut prêter à sourire mais ce serait oublier que les conséquences pour les malades peuvent être dramatiques dès lors que les empiriques décident de ne plus accorder aucun crédit à la médecine classique. La Cour d'appel de Rennes dans un arrêt du 2 mai 1983 (175) illustre parfaitement le cas où le délit d'exercice illégal de la médecine peut entraîner un homicide involontaire. En l'espèce, un guérisseur magnétiseur sans être titulaire du diplôme de médecin, prenait habituellement part au traitement de maladies congénitales ou acquises, par actes personnels consultations verbales ou écrites. Il avait alors prescrit à une de ses clientes, d'arrêter ses dialyses pour que son traitement soit efficace car elles s'avèreraient inutiles et nuisibles dès que le traitement magnétique commencerait. A la suite du décès de la patiente, les juges de Rennes ont estimé que le magnétiseur avait commis une faute d'imprudence en relation directe avec le décès de la victime. En effet, celui-ci était "pleinement conscient du pouvoir personnel que son titre et sa réputation de guérisseur pouvaient avoir tant sur une malade jeune, suggestible et passablement fatiguée par un traitement prolongé et fastidieux que sur le milieu familial, d'origine modeste et peu cultivé qui entourait la patiente". En ce donnant les apparences d'un praticien apte à prodiguer les soins requis par l'état de la victime, il l'a persuadé de se méprendre sur sa

de Turenne qui consignait ses observations par écrit et les adressait au médecin traitant.

(172) T.C. Lille, 4 avril 1950, *Gaz. Pal.*, 1950, 11, 17.

(173) Cass. Crim. 23 novembre 1967, *D.* 1968, 139, *Bull. crim.*, 306 ; Crim., 9 octobre 1973, *Gaz. Pal.*, 1974, 1, 9, note Doll.

(174) Bordeaux, Chambre des appels correctionnels, *Juris data* n° 86-45707.

(175) Rennes, 2 mai 1983, *Juris data* n° 83 - 40977.

compétence réelle et d'accepter de substituer au traitement médical, une thérapeutique de remplacement qui devait améliorer considérablement son état. En outre, le guérisseur lui avait prescrit l'absorption de sels minéraux qui eurent pour conséquence de perturber l'équilibre déjà fragile de son organisme. Il a été condamné par la Cour de Rennes à un an de prison dont dix mois avec sursis sous le chef du délit d'homicide involontaire. Par rapport à l'action civile, les juges ont décidé que la victime, en interrompant ses dialyses auxquelles elle était astreinte depuis plus de quatre ans, pour suivre les prescriptions d'un "pratiquant de sciences occultes" dépourvu de toute connaissance thérapeutique sérieuse, avait pris un risque contribuant directement à l'aggravation de son état et à son décès. Cette participation aux risques a été de nature à exonérer le prévenu de sa responsabilité à concurrence de moitié.

77 - Les guérisseurs peuvent-ils invoquer l'obligation de porter secours pour s'exonérer ? Afin de s'exonérer de leur responsabilité pénale, les guérisseurs ont cru pouvoir invoquer l'art. 63 al. 2 du Code pénal comme fait justificatif tenant à l'ordre de la loi visé à l'article 327 du Code pénal en soutenant qu'une personne dotée du pouvoir de guérir a le devoir et donc la possibilité d'intervenir auprès de malades en péril imminent de mort pour lesquels les médecins ne peuvent plus rien. Dès lors, ils ne peuvent s'abstenir d'intervenir sans commettre le délit prévu et puni par l'article 63 al. 2 du Code pénal qui incrimine le refus de porter secours à personne en danger (176). Mais la Cour de cassation (177) a estimé que cet argument était invoqué en vain puisque "loin de se borner à secourir une personne en péril, dont l'état aurait requis une intervention immédiate, le prévenu tenait un cabinet médical où il recevait des malades". Logiquement, la jurisprudence a nettement distingué le péril imminent nécessitant une intervention immédiate et le fait d'attendre son tour tranquillement dans une salle d'attente... Par conséquent, mis à part le cas exceptionnel où une personne n'a plus aucun espoir de vivre et se trouve en péril imminent de mort, le guérisseur ne pourra se retrancher derrière l'article 63 al. 2 du Code pénal. Les mêmes remarques s'appliquent également au délit d'exercice illégal de la pharmacie (178) si le guérisseur préparait ou vendait des médicaments ou d'autres produits utiles à la santé humaine, sans posséder le diplôme de pharmacien délivré par l'État (article L 517 du C.S.P. punit d'amende de 3.600 à 30.000 F., en cas

(176) La jurisprudence, un temps, a pu approuver cet argument (T.C. Orléans 29 novembre 1950) *J.C.P.* 1951, II, 6195 n., Larguier et ses vives critiques, cf. aussi "Le juge et l'astrologue", op. cit. ; *D.* 1951. 246, n. Tunc et *Rev. sc. crim.* 1951, p. 270 n. Huguency.

(177) *Crim* 30 décembre 1953 : *J.C.P.* éd. G. 1954, IV p. 18 ; *D.* 1954, 333 note FG ; *Rev. sc. crim.* 1954, 543, obs. L. Huguency - *Crim* 18 décembre 1957 : *J.C.P.* éd. G. 1958, IV, p. 14 ; *Bull. crim.* n° 850 ; *Rev. sc. crim.* 1958, p. 634 obs. Huguency ; *Crim.* 9 décembre 19 ss. ; *Bull. crim.* n° 541, D 1960, somm. 51 ; *Rev. sc. crim.* 1960, p. 281, obs. L. Huguency s'opposant à l'indulgence des juges du fond.

(178) Comme c'était le cas dans l'espèce de 1953, op. cit., note n° 173.

de récidive de 7.200 à 60.000 F. et un emprisonnement de 6 jours à 6 mois ou l'une de ces deux peines seulement). A la différence du délit d'exercice illégal de la médecine, cette infraction n'étant pas d'habitude, un seul acte suffit à constituer l'infraction (179). En définitive, la sévérité de la Chambre criminelle de la Cour de cassation peut souvent être mise en opposition avec une tendance plus indulgente des juges du fond quand la santé publique n'est pas un jeu et montre à quel point il est difficile de lutter contre les charlatans tout en laissant un espace de liberté à des disciplines non admises par la médecine officielle qui peuvent faire leurs preuves dans d'autres pays et à d'autres époques (ainsi la psychanalyse ou l'acupuncture chinoise relèvent de la médecine classique aujourd'hui si elles sont exercées par des médecins) (180). Aussi peut-on s'interroger sur l'opportunité de modifier l'article L 372 du Code de la santé publique ?

C/ Le débat sur le statut légal des guérisseurs

La raison d'être des articles réprimant l'exercice illégal de la médecine, ou de la pharmacie, réside dans le souci de garantir la compétence, l'honorabilité et la moralité de professionnels vis-à-vis de leurs patients. Les ordres professionnels comme les syndicats des praticiens sont donc très vigilants à toute tentative de discrédit ou de commerce illégal de leur profession.

78 - Les données du débat. Une campagne organisée par la profession des guérisseurs, des magnétiseurs est, depuis une trentaine d'années, menée pour obtenir la reconnaissance d'un statut officiel légal puisque leur nombre ne fait qu'augmenter et que des patients déçus par la médecine classique sont de plus en plus friands de nouvelles techniques thérapeutiques (181). A l'heure actuelle, prétendent-ils, le droit ne ferait que se mettre en conformité avec la réalité puisque des milliers de patients dont l'état s'est amélioré prouvent une certaine efficacité des traitements des médecines alternatives et que des cabinets regroupés dans des annuaires par des organismes garantissent la compétence des praticiens. Dès 1958, un célèbre avocat M. Alec Mellor préconisait l'abrogation pure et simple de l'article L 372 du Code de la santé publique, tout en repoussant l'idée d'un statut du guérisseur. Le recours au droit commun était selon lui (article 405 du Code pénal sur l'escroquerie, articles 319 et 320 du même Code sur les coups et bles-

(179) Cependant dans une espèce où un guérisseur prescrivait à ses malades des "pilules bleues, poudre blanche, tisanes, aspersion d'eau bénite, la Chambre criminelle de la Cour de cassation (crim., 27 février 1984, *D.* 1985, I.R., 367, obs. Penneau) a préféré retenir la qualification d'exercice illégal de la médecine. L'individu fût de plus reconnu coupable d'escroquerie car il pratiquait des exorcismes sur photos.

(180) Paris, 15 juillet 1953, *D.* 1953, 498, n. F. G. ; Paris, 22 mars 1954, *D.* 1954, 556 et Crim, 8 mars 1961, *Bull. crim.* 146.

(181) Cf. le succès récent de l'instinctothérapie de M. Burger, *Des livres de médecine par les plantes...* ; *L'express*, n° 28, avril 1989 op. cit. ; A. Cuniot, "*Incrovable mais faux*", op. cit., p. 303 et s.

sures, homicides involontaires) largement suffisant pour lutter contre les charlatans et les imprudents (182). L'auteur relayé par la doctrine pénaliste a montré la triple dimension du problème :

- Le problème de la valeur thérapeutique et scientifique des soins pratiqués qui démontre la complexité et les avancées hésitantes de la science (ex. l'homéopathie, la mémoire de l'eau du professeur Benveniste, la magnétite du Professeur Rocard).
- Le problème des guérisseurs mystiques : l'idée de miracle, d'efficacité de la prière, le phénomène de Lourdes sont aussi à prendre en considération pour l'étude de toutes les incidences de la question (183).
- Les problèmes juridiques, enfin où il est délicat de faire abstraction de textes protégeant une profession, la santé publique en général par une répression assez automatique en théorie et d'un relatif déclin des poursuites contre tout guérisseur. Cela tempère quelque peu l'aspect systématique d'un texte et d'une jurisprudence moins dense ces dernières années qu'auparavant.

On retrouve, en définitive, dans ce débat, un thème présent dès que l'on parle des sciences occultes. Notre système juridique ne serait pas en accord avec les faits, avec les mœurs, avec la morale sociale (184). Une solution intermédiaire entre l'interdiction pure et simple de l'acte indépendamment du résultat, et la liberté totale a pu être proposée (185). Elle consisterait en une réglementation de la médecine libre par les pouvoirs publics qui mettraient les empiriques sous contrôle médical. Ainsi, le guérisseur loyal, prudent qui recommande d'avoir recours au médecin et de continuer l'observance de ses prescriptions médicales, qui pourra même être désigné par celui-ci et dont la présence serait souhaitable ne serait pas poursuivi et présenterait une garantie efficace contre l'activité des charlatans (186). La médecine scientifique aurait donc un pouvoir de sélection et de contrôle considérable. Cependant, de nombreuses difficultés d'application pourraient apparaître en pratique :

- frontière délicate à délimiter par les médecins entre les "vrais guérisseurs" et les imposteurs,
- hostilité de la majorité du corps médical à l'égard des guérisseurs,

(182) Alec Mellor, *Le problème des guérisseurs, essai historique et critique*, Paris, "La colombe", éd. du Vieux colombier, 1958, *Les guérisseurs devant la loi*, *Gaz. Pal.* 1963, 1, doct. 26. A nouveau le problème des guérisseurs, *Gaz. Pal.* 1965.1. doct. 99.

(183) Cf. l'Événement du jeudi, 7-13 juin 1990, "Enquête sur les miracles", p. 70 et s. Revue terrain, op. cit., p. 60, "La Vierge, le désordre, la critique" par E. Claverie.

(184) Cf. supra n° 68 et infra n° 93.

(185) F. Cathala, *Le guérisseur face aux pouvoirs publics*, *R.I.C.P.T.* 1967. 211.

(186) F. Cathala, op. cit., p. 218. Cf. également la proposition de loi de mai 1963 : "il n'y a pas exercice illégal de la médecine lorsqu'un individu connu pour détenir un pouvoir de guérison, qui n'est pas du ressort de la médecine traditionnelle, aura été amené à examiner un malade et lui a donné des soins selon sa technique particulière et sans prescription de médicament, sur la demande écrite qui lui aura été faite par un médecin ou sur l'autorisation que le médecin aura délivrée au dit malade" F. Cathala, op. cit.

- rejet de la médecine classique par les malades eux-mêmes.

Le doyen Savatier dans son traité de droit médical (187) estime que "l'idée d'un statut des guérisseurs, récemment émise, est difficilement concevable. Un tel statut serait, ou bien trop restrictif et ne ferait pas disparaître l'exercice illégal, ou bien trop large et pourrait conduire à une liberté de donner des soins, anarchique et dangereuse pour les malades, surtout quand les pratiques suivies menacent leur intégrité corporelle".

Pour l'heure, l'article L 372 du Code de la santé publique demeure applicable et la jurisprudence ne faillit pas dans sa sévérité quand elle en a l'occasion, des affaires sont régulièrement mises sous les feux de l'actualité (188). Une chose est certaine, l'interdiction légale et les condamnations à des amendes n'empêchent pas l'essor actuel des médecines parallèles et ne semble pas entamer l'engouement dont elles font l'objet chez la majorité de nos concitoyens. Mis à part l'espoir que la science explique et prouve un jour l'existence d'un don particulier d'une manière complète et certaine, il est peut-être permis de croire que le système de la liberté contrôlée permettrait d'en savoir plus sur l'activité réelle des guérisseurs entourés par le corps médical et éviterait la survenance, dans la limite du possible, de certains abus de la part de charlatans et autres rebouteux. Supprimer toute publicité trompeuse, prohiber la profession de devin, interdire l'accès des professions médicales aux guérisseurs non pourvus de diplôme sont des dispositions pénales qui intéressent plus au moins directement tout praticien des sciences occultes. Le champ d'application de l'article 44 de la loi Royer ou le délit d'exercice illégal de la médecine peuvent concerner bien d'autres agents que le professionnel de l'ésotérisme. Cependant, ces textes épars, revêtent une unité de pensée et d'action plus apparente lorsqu'ils cristallisent leurs effets sur un phénomène particulier : les rapports professionnels des praticiens de l'occulte avec leurs clients entraînant des prestations de service rémunérées. C'est pourquoi notre droit s'efforce de prévenir un préjudice plus important, la remise de biens provoquée par l'emploi de moyens frauduleux par le biais d'une infraction plus grave, le délit d'escroquerie qui constituera "le noyau dur" de la répression pénale en matière de sciences occultes.

CHAPITRE II - LA RÉPRESSION DE L'EXERCICE DES SCIENCES OCCULTES

Axe central de la répression le délit d'escroquerie prévu à l'article 405 du Code pénal, est la principale infraction qu'encourent les personnes qui utilisent les sciences occultes pour obtenir la remise de fonds. Depuis que la sorcellerie n'est plus en soi réprimée, notre sys-

(187) R. Savatier, J. Savatier, J.M. Auby, Dr H. Péquignot : "Traité de droit médical", Librairies techniques, Paris, 1956, p. 42.

(188) *Le Monde*, dimanche 20 et lundi 21 mai 1990. *Le Provençal*, 19 mai 1990, p. 31 relatant l'inculpation de quatre membres de l'Eglise de scientologie "ministre du culte" et "auditeurs", écroués à Marseille, sur les bases de l'escroquerie, l'exercice illégal de la médecine et violences avec préméditation, l'information avait été ouverte sur plainte d'un particulier.

tème juridique n'a eu de cesse de protéger les personnes crédules des atteintes aux biens que risqueraient d'opérer les professionnels de l'irrationnel et de l'illusion. En effet, notre droit appréhende l'irrationnel comme un phénomène avant tout pécuniaire en quelque sorte un bon moyen d'escroquer la fortune d'autrui (189). Il n'y a là apparemment aucune arrière pensée théologique, philosophique, à peine l'affirmation implicite d'une foi en la raison infaillible du siècle des Lumières et d'une préférence allant à Descartes plutôt qu'à Nostradamus. Dès le XIX^{ème} siècle, l'article 405 du Code pénal a permis de sanctionner avec sévérité tous ceux qui, au nom de l'Étrange, de l'Inconnu, exploitait la faiblesse morale, ou intellectuelle des individus (190). En cette fin de XX^{ème} siècle, la sévérité de nos tribunaux est toujours de mise, face à un phénomène criminel des plus permanents de notre histoire (191). Si bien que de nos jours la majeure partie des poursuites exercées contre le monde de l'occulte s'effectue sous le chef de l'escroquerie. Il est dès lors malaisé de distinguer l'escroquerie, délit complexe, d'autres infractions voisines qui n'en sont que des modèles dérivés et qui présentent un caractère préventif. Aussi, après avoir envisagé la spécificité des éléments matériels et moraux de l'escroquerie superstitieuse, nous tenterons de délimiter les domaines respectifs de l'escroquerie et de ses infractions satellites (192).

SECTION I - LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'ESCROQUERIE "SURNATURELLE" OU SUPERSTITIEUSE

L'article 405 du Code pénal dispose : "*quiconque, soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manœuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique se sera fait remettre ou délivrer, ou aura tenté de se faire remettre ou délivrer des fonds des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges, et aura, par un de ces moyens, escroqué ou tenté d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui, sera puni d'un emprisonnement d'un an au moins et cinq ans au plus, et d'une amende de 3.600 F. au moins et de 2.500.000 F. au plus*". Consistant à provoquer la remise d'une chose par des moyens frauduleux, le délit d'escroquerie a classiquement été

(189) Cf. supra n° 31, 34 et s.

(190) Pour un panorama très complet et pittoresque des condamnations au XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème} siècle. Cf. Garçon, Rousselet, Patin et Ancel, Code pénal annoté, op. cit. Livre III ; art. 405 n° 882 à 927 ; Par exemple la célèbre affaire Vintras, (crim. 2 juin 1843 S. 1843. I. 920), choisi par Dieu et en commerce avec Saint Joseph et la Sainte Vierge qui avait escroqué à des demoiselles de fortes sommes ; ou l'affaire "Bonneton" (Grenoble 2 mai 1829. S. 1829. 2. 254) qui avait fondé la secte de "la religion des saints et invoquait la liberté des cultes, et fut condamnée pour escroquerie en raison d'une menace apocalyptique qu'elle faisait planer sur la population.

(191) Cf. supra n° 23 et s.

(192) Cf. supra n° 88.

considéré comme une variante du vol (en l'absence de soustraction) pour apparaître aujourd'hui comme un moyen privilégié de protéger l'autonomie de la volonté (en l'absence d'une remise matérielle de la chose, l'escroquerie pourra tout de même être retenue) (193). Deux moyens spécifiques sont incriminés en tant qu'éléments matériels de l'infraction : l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité et l'emploi de manœuvres frauduleuses. De plus, l'élément moral de mauvaise foi est indispensable à la constitution de l'infraction, soulevant ainsi un problème d'appréciation de la bonne ou mauvaise foi des praticiens de l'occulte.

§ 1 - Les éléments matériels de l'escroquerie

Le premier moyen susceptible de réaliser l'escroquerie sumaturielle consiste en l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité. Dans ce cas, le simple mensonge est suffisant pour constituer le délit. Au contraire, dans le cas du deuxième moyen, l'emploi de manœuvres frauduleuses doit avoir persuadé la victime de l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, donc déterminé le consentement de la personne. Il convient par conséquent de les étudier successivement dans l'hypothèse où une prestation de service rémunérée est proposée grâce à l'emploi d'une force ou d'une science occulte.

A/ L'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité

79 - L'usage d'une fausse qualité. Selon M. Chavanne, les fausses qualités de devin, de cartomancien ou de mage ne sont pas et n'ont pas à être retenus par la jurisprudence car les admettre serait reconnaître *a contrario* l'existence de vrais devins. Seul l'usage de manœuvres frauduleuses pourrait caractériser l'escroquerie dont ils sont les artisans (194). Pour d'autres auteurs (195), la fausse qualité est parfois examinée en jurisprudence dès lors que des titres comme "prophète, envoyé de Dieu" (196), "envoyée du christ" (197), "professeur de sciences métapsychiques" (198), par exemple, sont en réalité soit des prétentions échappant à toute possibilité de preuve comme l'est une déclaration faisant appel à la foi ("envoyé de Dieu") ce

(193) R. Merle et A. Vitu, "Droit pénal spécial", op. cit. n° 2305 et s. ; M.L. Rassat, R. Vouin, "Droit pénal spécial" Précis Dalloz, 1988, 6ème édition, n° 45 et s.

(194) A. Chavanne, J. Montreuil, Juris classeur pénal, art. 405, fasc. 2, n° 53.

(195) J. Larguier, "Le juge et le sorcier", *J.C.P.* 1967, doct. 2055 ; B. Bouloc, Rep. pénal, escroquerie, n° 78.

(196) Trib. corr. Basse Terre, 8 octobre 1985, *Gaz. Pal.* 1986, 1, 8, obs. J.P. Doucet.

(197) "L'envoyée du christ" avait dressé un autel devant lequel des visiteurs priaient et remettaient bénévolement des sommes d'argent comme dans une église, ni les manœuvres frauduleuses, ni l'escroquerie par conséquent ne furent retenues. Cass. crim. 11 janvier 1955, *Bull. crim.* 1955, 17.

(198) Cass. crim. 19 juillet 1978, *D.* 1979 I.R. 103.

qui conduira à écarter le délit d'escroquerie (199), soit de titres qui sont faux dès que l'on fait appel à la raison ("professeur") ce qui sera condamné comme usage d'une fausse qualité, consacrant ainsi une approche objective de la notion.

80 - L'usage d'un faux nom. L'usage de faux noms est en pratique très rare dans le monde de l'occulte (néanmoins on peut citer une décision de la Cour de cassation, Chambre criminelle du 3 mai 1961 *Bull. crim.* 1961, 232, *Rev. sc. crim.* 1962, 101 à propos d'un individu ayant pris le nom d'une femme). Cependant, l'usage d'une fausse qualité peut parfois se cumuler avec celui des manœuvres frauduleuses.

81 - Manœuvres frauduleuses et fausse qualité. Ainsi dans une affaire jugée par la Chambre criminelle le 11 octobre 1966 (200), la Cour de cassation a sanctionné, sous ces deux aspects, les agissements d'un individu, "ancien prêtre rendu à l'état laïc" qui, pour persuader de l'existence d'un crédit imaginaire et faire naître la crainte d'un événement chimérique, fait par la Providence, célébrait au domicile de ses victimes des offices religieux sur des autels portatifs en menaçant de les "plonger dans la tourmente" s'il n'obtenait pas trois millions de francs pour l'achat d'un immeuble, au titre d'un prêt... De même la Cour d'appel de Metz, le 2 décembre 1987 (201) n'a pas hésité à retenir aussi l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité à propos d'un médium. La Cour d'appel de Paris, le 4 juillet 1989 (202) retient l'usage d'une fausse qualité pour un individu se déclarant "évêque d'un mouvement catholique, choisi par le pape, unique clerc d'une secte ayant l'exercice de l'activité d'exorciste" alors que rien de cela n'était vérifié. Ainsi, *a contrario*, existent de "vrais" évêques catholiques, de "vrais" exorcistes, de "vrais" professeurs mais non de "vrais" médiums ou mages. Le recours à la notion de fausse qualité, en jurisprudence, révèle que les métiers de l'occulte n'ont aucune vérité, réalité ou utilité sociale qu'ils sont *a priori* intrinsèquement "faux". La jurisprudence préfère retenir plus souvent l'existence de manœuvres frauduleuses.

B/ L'emploi de manœuvres frauduleuses

Après avoir précisé la nature de ces manœuvres, il conviendra d'en envisager les finalités.

(199) Dans une affaire très similaire et récente (*Le Monde*, 31 mai 1990, p. 12) deux "prêtres" et deux "évêques" d'une communauté du Frechou en Lot-et-Garonne ont comparu devant le tribunal correctionnel d'Agen sur plainte d'un ancien fidèle pour escroquerie.

(200) Cass. crim., 11 octobre 1966, *Bull. crim.* 1966, 224.

(201) Metz, 2 décembre 1987, *Juris data* n° 87 50 203.

(202) Paris, 4 juillet 1989, *Juris data*, n° 89 24 500.

1) La nature des manœuvres frauduleuses

Leur nature revêt une très grande hétérogénéité et une plus ou moins grande amplitude selon les cas.

82 - La diversité des manœuvres frauduleuses. Une grande hétérogénéité car les mises en scène en la matière sont fort diverses : messes mystérieuses, ignition d'encens, éborgements d'animaux, cérémonies avec liturgie démoniaque, intervention de plusieurs personnes (203), campagnes de publicité, vêtements étranges, boules de cristal, présence d'instruments permettant de communiquer avec l'au-delà, etc..., (la liste ne peut pas être exhaustive). On retiendra essentiellement, tous les signes, paroles, actes mystérieux persuadant les victimes qu'elles ont affaire à une personne détenant un pouvoir occulte. Cependant, la doctrine et la jurisprudence s'accordent à penser qu'il n'y a véritablement mise en scène que lorsque les agissements dépassent d'une manière certaine ce qui est "d'usage dans la profession" (204). La publicité répétée et organisée peut seule être constitutive de manœuvres frauduleuses (205). En définitive, comme pour toutes les hypothèses d'escroquerie le juge exigera la preuve d'une machination, d'un stratagème comprenant des mensonges corroborés par un ou plusieurs éléments extérieurs pour retenir l'existence de manœuvres frauduleuses. Mais encore faudra-t-il qu'elles aient déterminé le consentement des victimes dans une certaine finalité pour que l'escroquerie soit pleinement réalisée.

2) Les buts des manœuvres frauduleuses

L'escroc devra persuader sa victime crédule soit de l'existence de fausses entreprises, soit de l'existence d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, soit de faire naître en elle l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou d'un événement chimérique.

La jurisprudence retient principalement la notion de "pouvoir imaginaire" ou "la crainte d'un événement chimérique" pour réprimer l'escroquerie superstitieuse ; ces termes correspondant mieux à la réalité que ceux de "fausses entreprises" ou "crainte d'un succès". On rencontre néanmoins des décisions employant tour à tour ces expressions l'une à la place de l'autre sans vraiment les distinguer selon les espèces.

83 - Le pouvoir ou le crédit imaginaire. Depuis le XIX^{ème} siècle, en effet, l'exploitation financière des croyances superstitieuses constitue le principal grief qu'encourent de nos jours les devins, sorciers, mages, astrologues, cartomanciennes, etc. Notre droit

(203) Crim 17 février 1970, *D.* 1970 somm. 122 à propos d'agissements de deux époux utilisant la chiromancie, la cartomancie et l'astrologie. Les manœuvres frauduleuses sont constituées aussi par l'intervention combinée et par l'ensemble des actes de plusieurs personnes agissant en vue d'un but commun (crim. 26 juillet 1965, *Bull. crim.* 1965 n° 188).

(204) Ce qui relèverait alors de l'article R 34 7° du Code pénal, cf. supra n° 59 et s.

(205) Sur l'impunité du mensonge publicitaire simple, cf. infra n° 69.

pénal présente une attitude rationaliste puisque tout ce qui ne relève pas de la "raison raisonnante" n'est pas raisonnable... Un pouvoir d'agir sur l'inconnu ne relevant pas de l'expérience scientifique prouvée et vérifiée n'a aucune réalité et vouloir l'utiliser en contrepartie d'honoraires ou d'un prix est assimilé à une véritable escroquerie dans laquelle "les fripons qui ont de l'intelligence l'emploient à tromper des imbéciles victimes et soutiens des premiers" (206). Tous ceux qui font commerce de l'occulte sont, juridiquement, des "charlatans" qui persuadent leur dupes qu'ils ont le pouvoir de guérir des maladies, de révéler l'avenir, de faire le bien ou le mal sur des personnes sans les approcher. Ainsi, déterminer des événements que l'homme désire et pouvoir connaître l'inconnu, conduirait à abolir le hasard ou la destinée (207). On retrouve donc à l'heure actuelle des exemples de pouvoirs imaginaires similaires à ceux du XIX^{ème} siècle sanctionnés par des motifs identiques. Ainsi, la magie haïtienne "voodoo" (avec incantations, entrée en transe d'une participante, égorgement d'un poulet, absorption forcée d'alcool), destinée à ce protéger des forces maléfiques a pour but la persuasion en l'existence d'un pouvoir imaginaire (208). De même, le pouvoir de communiquer avec l'au-delà pour un médium (209), l'activité de voyance, de (des) envoûtement(s) et de spiritisme, en général (210), tout produit ou méthode facilitant la réussite en amour, la chance dans les jeux de hasard, le pouvoir magique de ramener l'être aimé, l'activité de magnétisme curatif (211) constituent le pouvoir ou le crédit imaginaire, but de l'escroquerie.

84 - L'infraction surnaturelle : infraction impossible. Dans le même ordre d'idée, il est logique, dès lors que notre droit qualifie toutes ces facultés "d'imaginaires" que la doctrine pénaliste exclue (comme la pratique des parquets) de la répression pénale, cette fois-ci, le cas de "l'infraction surnaturelle" assimilée à un cas d'infraction impossible, n'existant que dans l'esprit de l'agent (212). Tenter d'attirer le malheur en jetant des sorts, envoûter avec l'aide du diable ou de Dieu, traduit dans notre système juridique rationaliste, l'absurdité manifeste des moyens employés, la simplicité d'esprit voire la démence de leur utilisateur. Selon MM. Merle et Vitu, il y aurait dans cette opinion un "signe des temps" car "dans le monde moderne on ne croit plus guère au diable, ou à sa puissance et les sorciers sont rares".

(206) J. Larguier, "Le juge et le sorcier", op. cit., citant les dialogues de Voltaire.

(207) Notre droit a d'ailleurs généralement une attitude très réservée par rapport à l'exploitation financière du hasard : cf. la réglementation pénale des jeux de hasard, art. 410 du Code pénal, R. 30. 5 (décret loi du 31 août 1937) et R. Merle et A. Vitu, *Droit pénal spécial*, op. cit. p. 1271 et s.

(208) Paris, 24 novembre 1988, *Juris data* n° 88 27 715.

(209) Metz, 2 décembre 1987, *Juris data* n° 87 50 203.

(210) Paris, 4 juillet 1989, *Juris data* n° 89. 24500.

(211) Paris, 16 décembre 1988, *Juris data* n° 88 27512.

(212) R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, *Droit pénal général*, op. cit. n° 482 ; J. Borricand "Droit Pénal", Masson 1973, p. 92. Elle consiste à "attirer le malheur sur autrui en invoquant le recours de Dieu, du diable ou de certaines puissances".

Même si le législateur "doit accorder aux populations crédules et terrorisées la protection pénale qu'elles attendent" (213). Cependant, l'acte infractionnel peut cesser d'exister à l'état conscient de l'agent et advenir à la réalisation concrète dans un contexte de cérémonie occulte, l'auteur de l'acte positif pourra alors commettre un homicide volontaire (214). Ce pouvoir imaginaire aura aussi pour conséquence dans de nombreux cas de faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident et de tout autre événement chimérique. La jurisprudence apprécie selon les espèces la motivation la plus adéquate, la doctrine estime que ces deux notions se recourent (215).

85 - L'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique. sont très fréquentes en premier lieu les hypothèses dans lesquelles on rencontre l'espérance de réaliser des bénéfices importants chez l'acquéreur d'une chose ou d'une méthode le permettant : depuis la pierre philosophale, machine à fabriquer de l'or ou des métaux précieux (215) aux objets ou procédés permettant de "gagner à tous les coups au tiercé ou au loto" (216). Le rôle de la victime à cet égard n'est pas indifférent car elle cherche à obtenir sans effort un moyen rapide d'être riche et la cupidité de certaines d'entre elles pourrait parfois être prise en compte par les tribunaux (217).

Puis sont sanctionnées, la crainte d'une catastrophe (prédite par une cartomancienne pour intervenir ensuite "magiquement" pour l'éviter contre rémunération (218), d'une maladie qu'un guérisseur s'efforcera de soigner rapidement au meilleur prix, parfois la voyante ira jusqu'à prédire la crainte du décès immédiat de sa cliente et de ses enfants pour déterminer le versement de sommes considérables (219). A côté de l'argument selon lequel l'occultisme serait la science de demain (repris par les plaideurs (220) qui est, en l'état actuel de la jurisprudence, relativement inopérant (221)) est souvent objectée la

(213) In *ibidem*.

(214) *Le Monde*, 30 mars 1990, p. 11 - 31 mars 1990, p. 8 - 1er et 2 avril 1990, p. 20 - 4 avril 1990, p. 20 - 6 avril 1990, p. 14 - 7 avril 1990, p. 16. ; *Le Nouvel Observateur*, 22 - 28 mars 1990, p. 104 ; à propos de l'affaire des possédés et des bûchers de Faaité jugée par la Cour d'assises de Papeete et condamnant les responsables de cette "chasse aux démons ayant provoqué la mort de 6 personnes en septembre 1987 à des peines de réclusion criminelle allant de 10 à 14 ans, de peines d'emprisonnement allant de 8 à 5 ans pour les 24 personnes accusées du crime.

(215) Paris 16 mars 1933, *Gaz. trib.*, 23 mai 1933.

(216) Pour les pronostics, application fréquente de l'art. 4 de la loi du 2 juin 1891 relative aux paris dans les courses.

(217) A. Chavanne, *op. cit.* n° 62.

(218) Cass. crim 6 mars 1957, *Bull. crim.* 1957. 231, *D.* 1957. 468.

(219) Paris 24 novembre 1988, *Juris data* n° 88. 27715.

(220) Plaidoirie de maître Garçon in *Le Monde*, 22 janvier 1952, 25 octobre 1951 à propos de Cass. crim. 26 décembre 1956, *D.* 1957, 149, *J.C.P.* 1957, 11, 9969, *Rev. sc. crim.* 1957, 379, obs. Bouzat.

(221) A l'exception d'une décision de la Chambre criminelle du 7 août 1951, *Bull. crim.* 249, isolée, hésitante à propos du magnétisme.

bonne foi des praticiens honnêtes qui croient en leur pouvoir. A ce titre, la mauvaise foi ne se présument pas, il conviendra de caractériser cet élément intentionnel sans lequel le délit d'escroquerie ne serait pas consommé.

§ 2 - L'élément moral de l'escroquerie

86 - La question de la bonne foi des praticiens.

L'intention criminelle requise consiste en la connaissance chez celui qui s'adonne professionnellement aux sciences occultes qu'il a recours à des moyens frauduleux pour obtenir la remise de tout ou partie de la fortune d'autrui. Nos magistrats ont alors à démontrer que ces personnes ne croient nullement à leur pouvoir irrationnel, ce qui représente une difficulté sérieuse pour l'instruction de ces affaires, l'intention frauduleuse étant plus manifeste dans des affaires d'escroqueries plus classiques et plus matérialistes. Car si l'agent croit à l'efficacité de ses procédés, de son pouvoir et qu'il a conscience que la somme remise par le client, qui y croit aussi sincèrement, n'est que la juste rémunération de son service, toutes les manœuvres ne sont plus frauduleuses et il sera tout au plus punissable d'une contravention de la troisième classe (222). Obtenir des aveux sur l'esprit frauduleux de l'agent est extrêmement difficile face à des personnes qui croient sérieusement aux forces occultes et à leur domination par l'homme. Reste alors, ce qui est plus facile pour les magistrats, à insister sur l'inefficacité totale des procédés, sur leur absurdité intrinsèque, à condition de poser aussi comme postulat philosophique, la maxime hégélienne affirmant que tout ce qui est réel est rationnel et inversement.

Il est vrai que certains magnétiseurs, guérisseurs ou sorciers de campagne œuvrant artisanalement sont souvent de bonne foi (223) et des individus peuvent parfois se tromper eux-mêmes selon les juges (224). Pourtant, la mauvaise foi du prévenu sera établie lorsqu'à l'évidence, des préoccupations matérialistes et intéressées l'emportent sur des soucis spirituels (225). Il en est ainsi, lorsque les procédés commerciaux utilisés prouvent qu'aucun examen personnel des problèmes ou des personnalités auquel le client s'attend n'est réalisé puisqu'au contraire, ils mettent en œuvre la délégation, l'emploi de formules standards préimprimées d'horoscopes, des produits ou méthodes inefficaces ; également il en est de même à la lecture des

(222) Et l'on sait avec quelle parcimonie elle est appliquée, cf. supra n° 68.

(223) A propos d'une magnétiseuse relaxée. T.C. Caen 18 mai 1966, *J.C.P.* 1967, 1, 2055 et les critiques de M. Larguier.

(224) Notamment en Afrique : Douala, 12 mai 1948, *Rec. Penant*, 1951, p. 60 obs. Cosnard.

(225) Trib. pol. La Fère en Tardenois, 26 mai 1945, op. cit. Crim. 11 octobre 1966, *Bull. crim.* 1966. 224, Paris, 14 décembre 1988, op. cit., sont quelques exemples attestant de la permanence de ces arrières pensées que l'on retrouve aussi au XIX^{ème} siècle.

termes de certaines publicités (226) (T.C. Nice 25 mai 1946 : *Gaz. Pal.* 1946. 2. 208 *Rev. sc. crim.* 1947. 91 à propos d'un "professeur Argus" vendant par correspondance en Afrique des articles de magie confectionnés par lui comme "le fascino magnétique" contre tous les ennemis, le "magnétique parfum d'amour" (sic) poursuivi par le ministre de la France d'Outre Mer et ayant gagné des sommes extraordinaires), ou l'utilisation de produit passe-partout pour guérir. On a pu aussi stigmatiser l'emploi actuel de méthodes commerciales utilisant des techniques modernes comme l'informatique parfois par les professionnels de l'occulte eux-mêmes. Tel est le cas également de l'organisation d'un numérologue célèbre dévoilé par M. Cuniot (227). En effet pour l'achat de quatre timbres postaux, celui-ci apprend à son client "le sens de la vie" pour lui proposer ensuite l'achat de jeux de tarots de 89 F. cette fois par l'intermédiaire d'une société commerciale les produisant, enfin, le numérologue lui propose des "voyages initiatiques de hauts lieux à travers le monde" grâce à "l'institut Pythagore". A partir de quatre timbres, on devine la magie du "chiffre" qui mène à l'organisation de croisières... Dans une décision de la Cour d'appel de Paris du 16 décembre 1988 (228) la mauvaise foi peut se doubler du délit d'utilisation de fausses attestations, incriminé par l'article 161 al. 4 du Code pénal pour faire état de faits matériellement inexacts (falsification d'un bulletin de paye pour obtenir la location d'un appartement et la réduction sur le prix de voyages). Dans ce même arrêt, les magistrats ont retenu aussi la complicité d'escroquerie (en préparant et facilitant le délit comme dans la fourniture d'instructions prévues aux articles 59 et 60 alinéas 1 et 3 du Code pénal) d'un tiers qui maquilla entre autres, l'auteur principal en magicien hindou, exécuta les travaux de secrétariat, ouvrit un compte bancaire comme prête-nom pour l'entreprise et enfin demanda l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés. Les magistrats ont qualifié d'inopérant, dans cette affaire, l'absence de dépôt de plainte par les clients mécontents (qui avaient quand même envoyé de nombreuses lettres de réclamation aux journaux ayant publié les annonces) aux motifs qu'ils craignaient "les tracasseries résultant de tout dépôt de plainte", que les sommes versées étaient relativement modiques et enfin qu'il y avait une "gêne à exposer les motifs et circonstances conduisant à consulter un médium pour gagner aux courses ou réussir en amour" (229).

(226) Ex. : "Voulez vous gagner X millions en quelques semaines, il suffit de porter telle médaille, telle croix dotée de pouvoirs magiques" Cass. crim. 28 avril 1964, *Bull. crim.* 1964. 130 *J.C.P.* 1964, IV, 82.

(227) A. Cuniot, *"Incroyable... mais faux !"* Essai critique sur l'obscurantisme moderne, collection zététique, L'horizon chimérique, Bordeaux 1989, p. 150-151.

(228) Op. cit. supra note n° 213.

(229) Dominant raison au révérend Père M. Oraison, Docteur en théologie et en médecine, qui écrit dans "Médecine et guérisseurs" p. 9, cité par F. Cathala, "Le guérisseur face aux pouvoirs publics" op. cit. p. 215 : "on s'étonne parfois de ce que, dans les procès plus ou moins retentissants, les témoins des guérisseurs relatent toujours des réussites et que jamais, ou bien rarement, l'on voit venir à la barre des malades qui n'ont pas été soulagés. Mais cela n'a rien de surprenant : y a-t-il de par le monde beaucoup de gens assez crânes et indépendants pour accepter de

87 - L'escroquerie, infraction d'ordre public. En effet, c'est un des principaux arguments qu'invoquent les prévenus pour se défendre contre l'accusation d'escroquerie mais aussi d'une manière générale contre toutes les infractions les concernant (notamment dans le cas des guérisseurs). A la barre se succèdent alors les témoignages de satisfaction des horoscopes reçus, des traitements pratiqués, des prédictions faites, en définitive la preuve de l'absence de tout préjudice civil. La doctrine rejette cet argument (230) en raison du caractère public du délit (même si on peut remarquer également sa finalité privée ; protéger le consentement des personnes et leurs biens). Pouvant dès lors être poursuivie et sanctionnée nonobstant le défaut ou les retraits de plainte, l'escroquerie est une infraction contre la propriété mais aussi contre la liberté d'engagement par convention indépendamment du préjudice pécuniairement chiffrable. Il est souhaitable alors que le droit et la justice protègent les naïfs, les crédules qui ne sont pas malgré eux, conscients de la tromperie car des déséquilibres individuels et familiaux peuvent être les conséquences de pratiques superstitieuses (231). La jurisprudence en fournit ainsi un exemple en appliquant l'article 333 du Code pénal sanctionnant l'attentat à la pudeur avec contrainte et surprise sur une mineure de plus de 15 ans par le fait d'un voyant qui sous le prétexte de faciliter sa concentration, eu recours à des attouchements sexuels sur la mineure enfermée dans un véhicule et traumatisée par les faits, il fut condamné à 8.000 F. de dommages et intérêts sur l'action civile (232). La frontière entre l'escroquerie et des infractions voisines doit alors être délimitée pour cerner les domaines respectifs de chaque infraction.

SECTION 2 - ESCROQUERIE ET INFRACTIONS VOISINES : LE CUMUL IDÉAL D'INFRACTIONS ?

88 - Le cumul d'infractions en matière de sciences occultes. Il s'agit de l'hypothèse fréquente où un même comportement consomme plusieurs résultats délictueux permettant au juge répressif de retenir plusieurs qualifications pénales possibles : escroquerie, exercice illégal de la médecine ou de la pharmacie, publicité trompeuse, contravention de l'article 34. 7 du Code pénal. Traditionnellement, notre droit ne retenait qu'une seule infraction, la plus grave, celle qui était poursuivie, sous la plus haute expression légale au lieu de condamner pour chaque infraction violée. Mais, une évolution vers plus de sévérité a permis à la jurisprudence (233)

passer en public devant des juges et des avocats, pour des imbéciles ? Si le guérisseur réussit, c'est la merveille ; mais s'il échoue, son client et lui-même ont mille et une raisons péremptoires de n'en point parler".

(230) MM. Chavanne, Montreuil, Larguier, Merle et Vitu, *op. cit.*

(231) T.G.I. Pontoise, 17 février 1972, *Gaz. Pal.* 1972. I. 345, prononce un divorce en raison de l'adhésion d'un conjoint à une secte dont les pratiques ont été jugées incompatibles avec la vie familiale, cf. Nîmes, 10 juin 1967, *D.*, 1969, *Juris*, p. 367 et la note critique et résolument laïque de M. Carbonnier.

(232) Pau, 3 mai 1989, *Juris data* n° 89. 43612.

(233) Crim. 19 oct. 1982, *Bull. crim.* 1982 n° 225.

d'appliquer la règle du concours réel d'infractions en prononçant plusieurs déclarations de culpabilité et plusieurs peines dès lors qu'il n'y a pas un fait unique mais plusieurs infractions simultanées commises par le même moyen mais caractérisées par des éléments constitutifs différents (234).

§ 1 - Escroquerie et article R. 34. 7° du Code pénal

89 - Les critères de distinction des deux infractions.

En théorie, la contravention se transforme en délit d'escroquerie chaque fois que le devin emploie des manœuvres frauduleuses pour faire croire à l'existence d'un pouvoir imaginaire ou surnaturel et s'il essaie, par ce biais, de se faire remettre de l'argent ou des effets mobiliers (235). En pratique, on peut se demander où commence véritablement la "manœuvre frauduleuse" ?

Tirer des cartes, imposer ses mains au-dessus d'une boule de cristal peuvent être entendues comme des "manœuvres frauduleuses" si l'agent ne croit pas en ses pouvoirs. Ainsi, le critère le plus "objectif" semble être pour la jurisprudence l'importance du profit retiré (236). La notion de bonne foi est inopérante pour exonérer l'agent en matière de contravention, alors que la mauvaise foi est exigée pour la réalisation de l'escroquerie. De plus, selon M. Chavanne, le métier d'oniromancien et la réalisation de manœuvres frauduleuses se distinguent nettement, permettant d'appliquer la contravention et l'escroquerie à un même fait, lorsque les manœuvres traduisent par une mise en scène "dépassant notoirement celle qui est d'usage dans la profession (cartes, marc de café, etc...)" (237). Ainsi, le parquet délaissant la poursuite contraventionnelle, agira fréquemment correctionnellement quand les faits de l'affaire présenteront une mise en scène excessive comme par exemple l'intervention d'un tiers, des photographies truquées, des faux témoignages ou des fausses attestations (238). Cette position a été retenue par Garçon, Rousselet, Patin et Ancel qui dans leur Code pénal annoté, estiment que l'article R 34 . 7° du Code pénal n'étant qu'un cas d'escroquerie contraventionnalisé, la différence entre les deux infractions réside dans l'exigence de manœuvres spéciales de persuasion de la puissance surnaturelle (mais la jurisprudence criminelle du XIXème siècle hésitait) et dans l'importance de la somme soustraite aux dupes (239), alors qu'en théorie, le juge qualifie pénalement un fait sans tenir compte du préjudice civil en s'attachant à l'idée de faute. La publicité

(234) Pour une décision appliquant les articles 405 R. 34. 7° du Code pénal et L 372 du Code de la santé publique à un même individu : Metz, 2 décembre 1987, *Juris data*, 87 50203 cf. infra n° 92.

(235) Cass. crim. 4 mars 1938, *Rev. sc. crim.* 1938, 497, obs. Donnedieu de Vabres, *Gaz. Pal.* 1938. 1. 859.

(236) Sur la prise en compte de l'importance du préjudice : T.C. Marseille, 12 avril 1967, *Rev. sc. crim.* 1967, 860, obs. A. Vitu.

(237) A. Chavanne, op. cit., article 405, fasc. 3, p. 17.

(238) Cf. supra n° 86.

(239) Garçon, Rousselet, Patin et Ancel, op. cit. n° 879.

est l'un des éléments qui peuvent appuyer une mise en scène favorisant alors la qualification de manœuvres frauduleuses.

§ 2 - Escroquerie et publicité

90 - Une distinction délicate. L'escroquerie et le délit de publicité trompeuse sont des infractions différentes, il est donc possible de sanctionner l'une et l'autre lorsque la publicité incriminée a été suivie de manœuvres frauduleuses (240). On retrouve ici l'aspect "délict obstacle" de la publicité trompeuse, sanctionnée en soi, indépendamment de son résultat final (241). Afin que la publicité mensongère soit constitutive de manœuvres frauduleuses de l'escroquerie, il faut que le mensonge du message publicitaire réponde aux conditions posées par l'article 405 du Code pénal :

- La publicité doit faire partie d'un ensemble de manœuvres frauduleuses.
- Le message doit être caractérisé par son objet (fausse entreprise ou événement chimérique) et son but (escroquer tout ou partie de la fortune d'autrui).

En premier lieu, le message ne vaut pas à lui seul escroquerie sauf quand il porte sur le nom ou la qualité du produit ou du service (242). Dès lors, le mensonge publicitaire initial doit être corroboré par des éléments extérieurs, par une véritable mise en scène d'où est sortie renforcée l'escroquerie. Mais une publicité mensongère ne peut à elle seule constituer une escroquerie que si l'on peut trouver dans le contenu de la publicité l'un des deux éléments caractéristiques des manœuvres :

- l'intervention d'un tiers dans la publicité pour accréditer (avis de personnalités célèbres cf. D. Gilbert...) l'objectivité, l'efficacité ;
- une mise en scène consistant en une publicité intensive et tapageuse.

La jurisprudence offre maints exemples de l'application de ces distinctions. Avant l'entrée en vigueur des lois de 1967 ou de 1973 la Chambre criminelle le 27 novembre 1952 (243) avait estimé que n'étaient pas de simples mensonges mais constituaient l'organisation d'une véritable mise en scène présentant le caractère de manœuvres frauduleuses en vue de faire naître l'espérance chimérique, l'insertion dans les journaux d'annonces et circulaires préconisant des méthodes correctrices d'imperfections physiques, en proposant une pierre

(240) Cass. crim. 10 mai 1978, *Bull. crim.* n° 148, T.C. Lyon, 7 août 1987, inédit, cité par R. Pugniere, *Juris classeur pénal*, op. cit. p. 5.

(241) Cf. supra n° 69.

(242) R. Vouin et M. L. Rassat, *Droit pénal spécial*, T. 1, 4ème éd., n° 46, p. 55. Pour M. Bouloc, "L'incrimination de la publicité mensongère permet de justifier l'assimilation de ce mode d'expression à une manœuvre frauduleuse au sens de l'article 405 du Code pénal n° 199, *Encyclopédie Dalloz de droit pénal*, verbum "escroquerie".

(243) *D.* 53. 576, *Gaz. Pal.* 1953, 1, 64 et la chronique de M. Blondet, "L'escroquerie à la publicité" *D.* 1953, chron. p. 133, *J.C.P.* 1953, IV p. 5, *Rev. sc. crim.* p. 312, obs. P. Bouzat.

magnétique. En outre, la publicité s'accompagnait, pour donner force et crédit, de la mention d'instituts, de professeurs et de docteurs imaginaires.

De même, à propos d'un professeur fondateur du "cercle de psychisme et de thaumaturgie de France" qui avait diffusé dans le public une abondante publicité pour vendre son "parfum magnétisé d'amour" aux résultats "irrésistibles et étonnants", la Chambre criminelle, censurant la Cour d'appel de Toulouse qui l'avait relaxée, caractérise une véritable manœuvre frauduleuse (244). La Chambre criminelle de la Cour de cassation, le 28 avril 1964 (245) a condamné des individus ayant répandu de la publicité sous forme de prospectus, d'annonces, promettant l'obtention du "grand secret de la fortune, de la réussite et de l'amour" (par le pouvoir d'objets magiques vendus à des prix exorbitants). Ces publicités constituaient dès lors une véritable organisation destinée à donner force et crédit à l'entreprise, présentant le caractère de manœuvres frauduleuses et non de simples mensonges écrits. Plus récemment la Cour d'appel de Paris (246) s'est inscrite dans la continuité de cette jurisprudence puisque la publicité intervenue dans la presse spécialisée pour attirer des clients sur l'achat de méthodes, de produits magiques facilitant la réussite en amour, courses hippiques, ou jeux de hasard, constitue des manœuvres frauduleuses conduisant le prévenu à être déclaré coupable d'escroquerie. Enfin dans quelle mesure celui qui prétend guérir, sans le diplôme de médecin mais par l'application des sciences occultes est-il aussi punissable des peines de l'escroquerie ?

§ 3 - Escroquerie et exercice illégal de la médecine

Le guérisseur dépourvu de tout diplôme qui ne fait que prétendre guérir en usant d'un pouvoir surnaturel ne fait qu'un mensonge constitutif de l'exercice illégal de la médecine.

91 - Ici aussi, la jurisprudence distingue l'escroquerie de ce délit par l'exigence d'une mise en scène particulière caractérisant alors les manœuvres frauduleuses, ou l'emploi de faux noms ou de fausses qualités. Ainsi, un prévenu se faisant passer pour une femme qui envoyait des pentacles aptes à guérir montrait une véritable mise en scène dans le but de persuader ses patients de l'existence d'un pouvoir

(244) Cass. crim. 26 décembre 1956, *Bull. crim.* 875, *D.* 1957, 149, *J.C.P.* 57, II, 9969, *Rev. sc. crim.* 1957, 379, obs. Bouzat. Cf. aussi, Cass. Crim. 6 mars 1957, *D.* 1957, 468 pour la publicité par prospectus d'une voyante et cartomancienne consistant non en de simples mensonges mais en des actes extérieurs caractéristiques de manœuvres frauduleuses en vue de persuader l'espérance d'un événement chimérique.

(245) Cass. crim. 28 avril 1964, *J.C.P.* 1964, 11, 13719, *Rev. sc. crim.* 1964, obs. Bouzat, 859.

(246) Paris, Ch. des appels correctionnels, du 16 décembre 1988, *Juris data* n° 88. 27515.

imaginaire (247). La jurisprudence, au début du siècle a retenu le délit d'escroquerie contre celui qui apposait ses mains sur un patient en lui faisant espérer la guérison (248) ou contre l'ecclésiastique qui pour se faire remettre une somme d'argent s'engage à guérir un enfant infirme et abuse de son "influence" sacerdotale et de la crédulité des parents en se livrant à une mise en scène relevant plus du sacrilège que d'une cérémonie religieuse (249). On peut aussi opérer une distinction par la notion de bonne ou de mauvaise foi. Si le guérisseur était de bonne foi (il croyait lui-même à son pouvoir espérant lui-même la guérison de son patient), seul subsistera le délit d'exercice illégal de la médecine, sinon les deux délits se cumuleront. Quelquefois, les malades supplient le guérisseur, la renommée aidante, d'intervenir et les "manœuvres frauduleuses" proprement dites n'interviendront que postérieurement. Le tribunal correctionnel de Caen, le 18 mai 1966 (250) n'a pas retenu l'escroquerie et refuse de considérer les manœuvres et le mensonge initial comme formant un tout indivisible. Les motivations des décisions apparaissent parfois obscures et la doctrine (notamment M. Larguier) (251) a sévèrement critiqué cette tendance à l'indulgence dans des cas où manifestement, le délit d'escroquerie pouvait être aussi retenu. De même pour M. Ancel, l'escroquerie est constituée "lorsque le charlatan ou le sorcier a employé des manœuvres frauduleuses pour confirmer le malade dans la croyance de sa science imaginaire et de son pouvoir chimérique" (252). A notre connaissance une seule décision de justice a décidé d'appliquer à un même médium le délit d'escroquerie, le délit d'exercice illégal de la médecine et même la contravention de l'article R 34 7° du Code pénal.

92 - Un cumul réel d'infraction. En effet, la Cour d'appel de Metz, le 2 décembre 1987, a estimé (253) qu'un médecin usant d'un faux nom, d'une fausse qualité, avait par des manœuvres frauduleuses persuadé l'existence d'un pouvoir imaginaire en se faisant remettre des sommes d'argent d'un montant élevé et qu'il s'était dès lors, rendu coupable d'escroquerie et méritait d'être condamné à une peine d'emprisonnement de 18 mois avec sursis (en 1ère instance, condamnation de 6 mois avec sursis). Mais la sévérité de la Cour ne sait pas bornée là, puisqu'elle a retenu également le délit d'exercice illégal de la médecine. Le médium non titulaire du diplôme de médecin, établissait habituellement des diagnostics, traitait des maladies et donnait des consultations (condamnation à une amende de 10.000 F.). La Cour a ajouté enfin une amende de 500 F. en vertu de l'article R 34 7° du Code pénal.

(247) Cass. crim. 3 mai 1961, *Bull. crim.* n° 232, obs. Bouzat, *Rev. sc. crim.* 1962, 101 et note Tunc, *D.* 1951 246, Larguier *J.C.P.* 1951, II, 6195.

(248) Cass. Crim., 6 août 1914, *Bull. Crim.* n° 539.

(249) Cass. crim. 19 janv. 1901, *DP.* 1901 1 342.

(250) T.C. Caen, *J.C.P.* 67 éd. G, 1, 2055.

(251) Larguier, "Le juge et le sorcier" *J.C.P.* 67, I, 2055.

(252) Garçon, Rousselet, Patin et Ancel, op. cit. n° 900.

(253) Metz, *Juris data*, n° 87 50203.

Des décisions récentes pour la plupart non publiées, témoignent peut-être d'un brusque arrêt de l'indulgence dont avaient pu faire preuve nos juridictions depuis une trentaine d'années, certaines Cours d'appels n'hésitent plus à appliquer tous les textes pénaux pouvant qualifier la pratique de sciences occultes, de la simple contravention en passant par des délits plus graves. L'avenir dira si ce sont des mouvements d'humeur ou des tendances plus profondes en jurisprudence.

93 - CONCLUSION DE LA IÈRE PARTIE. Lorsque M. Larguier appelle de ses vœux un juge qui soit non pas un témoin de son temps mais plutôt un guide (254), on est conduit, après l'étude des principales décisions de justice concernant les aspects civils et pénaux des sciences occultes, à s'interroger sur le rôle du droit et de la justice face au fait que constitue le marché de l'irrationnel en France.

La jurisprudence, autorité et reflet sociologique du droit, en concentrant sa répression sur le délit d'escroquerie, en marginalisant d'autres textes applicables plus préventifs, n'a, au cours de ce siècle, ni pu enrayer l'essor massif de ce type d'activité, ni appréhender totalement le phénomène criminel dans toute sa diversité.

En effet, le chiffre noir de la criminalité réelle en la matière (nombre d'infractions effectivement commises sur un territoire), cher aux criminologues, est sans doute, comme ailleurs, largement supérieur à celui de la criminalité apparente (nombre d'infractions connues par les services de police) et à celui de la criminalité légale (nombre d'infractions sanctionnées, résultant de l'ensemble des condamnations prononcées par les juridictions répressives, dans ce domaine en fait peu fréquentes) (255).

Si l'on en juge par l'ampleur du marché et le nombre de professionnels à l'heure actuelle (256), cela traduirait une ineffectivité statistique importante des règles prohibant ou limitant l'exercice professionnel des sciences occultes. La loi, elle, n'a pratiquement pas bougé, ses intentions sont demeurées les mêmes qu'en 1810. L'avant-projet du Code pénal en préparation prévoit même au surplus d'assimiler aux manœuvres frauduleuses "l'exploitation délibérée de l'ignorance ou de la faiblesse de personnes particulièrement vulnérables en raison de leur déficience physique ou mentale" (257). La question se posera alors de savoir si le métier de devin, en tant que contravention n'est qu'une

(254) J. Larguier, "Le juge et l'astrologue", *J.C.P.*, 1, 1744, "Le juge et le sorcier" *J.C.P.* 1967, 1, 2055.

(255) M. Carbonnier cite le cas des contrats contraires à l'ordre public dont personne ne demande la nullité, des classements sans suite en vertu du principe de l'opportunité des poursuites du ministère public qui sont tant de facteurs expliquant la rareté des condamnations. "Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur", Paris, LGDJ, 6ème édition 1988, pp. 132, 133.

(256) Cf. supra n° 4 et s.

(257) "Projet de nouveau Code pénal", présentation R. Badinter, Dalloz 1988, Paris, art. 303.3 qui punit en outre jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 2.500.000 F. d'amende et pouvant s'appliquer certainement à certains cas graves d'escroquerie superstitieuse où la victime est très vulnérable.

"atteinte à la discipline de la vie en société" et si le délit d'escroquerie surmaternelle ou superstitieuse qu'"une atteinte aux valeurs de la société" (258) ; en l'occurrence, certes, la propriété, la liberté contractuelle mais aussi implicitement et nécessairement la prééminence de la raison sur ce qui n'est pas vérifié par l'expérience et établi scientifiquement.

Aussi, est-on renvoyé, par cet aperçu d'un des aspects du droit pénal, au difficile problème de l'évolution du droit et de l'adaptation du droit aux faits. Communément, le droit se soumettrait aux faits, si le législateur ou le gouvernement abroge des lois ou des règlements (l'article R 34. 7° du Code pénal ?) ce serait sous la pression inexorable des faits, de l'évolution des mœurs (259). Mais d'une manière plus réaliste peut-être, des juristes, comme le doyen Gény (260) ont pu démontrer que l'évolution du droit repose sur deux types d'activités. Tout d'abord une activité scientifique à partir de laquelle on constate une situation que l'on veut traiter, ensuite une activité technique à partir de laquelle on fabrique l'outil, la règle répondant à la situation. La phase politique existe pour établir le lien entre ces deux activités. A ce moment là, l'auteur d'une réforme doit choisir une finalité, privilégier des considérations morales, idéologiques, philosophiques, en définitive porter un jugement de valeur. Or, la question et la place de l'irrationnel dans nos sociétés ne peuvent faire l'économie d'un tel jugement, sinon le droit, déformé inévitablement dans son application par la réaction des juristes, des tribunaux, de l'opinion publique, sera alors l'esclave du fait. La fonction du droit des sciences occultes, compte tenu de l'évolution des mœurs actuelles, est donc posée par les praticiens, leurs clients et adeptes au praticien du droit : des faits serait-il en train d'émerger un droit aux sciences occultes ?

FIN DE LA PREMIERE PARTIE

(258) "Projet de nouveau Code pénal", op. cit. p. 18.

(259) Cet argument a été surtout invoqué au moment des réformes du droit de la famille, de l'avortement, de l'homosexualité, cf. D. Mayer, *Rev. sc. crim.* n° 3, juillet-septembre 1989, p. 442 "De quelques aspects de la dépenalisation actuelle en France" et Mme Delmas Marty, p. 441, sur la tolérance sociale par rapport aux contraventions routières et à la délinquance financière.

(260) F. Gény, "Science et technique en droit privé positif" Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, Paris, Sirey ; T. 2 "Elaboration scientifique du droit positif" (l'irréductible "droit naturel"), octobre 1915.



R.R.J. 1991-1

Pages 263 à 289

- VIII -

ACTUALITÉS DOCTRINALES

ÉTHIQUE ET DROIT

Par

Chaïm PERELMAN

Éd. Univ. de Bruxelles, 1990, 825 pages

Présentation A. LEMPEREUR

Présentation par Alain SÉRIAUX

C. Perelman n'est peut-être pas, contrairement à ce qu'affirme l'enthousiaste présentateur de cet ouvrage, "l'un des plus grands philosophes du droit de ce siècle", mais son œuvre mérite assurément le détour. *Éthique et droit* nous offre à ce sujet une fort utile compilation d'articles et de conférences, parus ça et là, du philosophe belge s'étalant sur près de quarante années (de 1945 à 1984 exactement). En dépit de leur caractère souvent répétitif et parfois anodin, ces diverses contributions permettent de se faire une excellente idée des thèmes chers à Perelman : la justice formelle, les rapports entre le droit et la morale, le raisonnable en droit, l'argumentation et ses lieux, etc. Les apports de Perelman à la philosophie du juridique ne constituent certes pas toujours une révolution, du moins provoquent-ils la réflexion, ce qui n'est pas le moindre de leur mérite.

Le titre de cette compilation posthume est assez mal choisi. Sauf en de très rares moments, il n'est guère question des rapports entre l'éthique (ou la morale) et le droit. Au demeurant, la pensée de Perelman est, dans ce domaine, rien moins qu'originale. Qu'on en juge.

Dans un texte de 1963 consacré au droit et à la morale devant l'euthanasie (p. 367 et s.), Perelman avance "quatre différences essentielles" dans les conditions d'application des règles morales et des règles juridiques. La *première* est que les règles juridiques sont codifiées et doivent être observées par tous sur un territoire déterminé, à peine de sanctions. Les règles morales, au contraire, ne sont pas codifiées et se diversifient au gré des idéologies. La *seconde* est que "alors qu'en morale tout le monde peut se former une opinion et émettre un jugement, approuver ou désapprouver une conduite particulière, en droit, seul le juge compétent est qualifié pour appliquer la loi et rendre un jugement". La *troisième* est qu'alors que le droit se doit d'être précis, pour la sécurité des justiciables, la morale "peut se fonder sur des règles dont l'énoncé comporte des termes vagues". La *quatrième*

est que la morale demeure individuelle ; le droit, en revanche, est un phénomène social qui suppose des règles stables s'inscrivant dans la durée grâce au système du précédent. Dans un rapport présenté en 1983 dans un congrès international de philosophie, intitulé "Droit, morale et religion" (p. 374 et s.), Perelman insiste sur la spécificité du droit en mettant en avant l'idée de *sanction*. "Dès qu'un jugement humain, fût-il inspiré par Dieu, décide de la sanction, le commandement se transforme en règle de droit, fût-elle d'origine divine", affirme-t-il. Et de renchérir en disant "qu'il est facile d'obtenir un accord universel sur une déclaration purement morale, que chacun est libre d'interpréter à sa façon ; c'est tout autre chose que d'accepter de se soumettre aux décisions obligatoires d'une autorité judiciaire compétente".

Il est relativement aisé de synthétiser les positions de Perelman. Sauf erreur de notre part, le droit est perçu par lui comme des règles de conduite *uniformes* (pour une société déterminée) et *obligatoires*. La morale est au contraire constituée par des règles de conduite *diversifiées* (au gré des différentes conceptions que chacun se fait de la morale) et *facultatives*. Ces conceptions sont assez banales : on les retrouve à peu de choses près dans n'importe lequel de nos manuels actuels d'introduction au droit. Mais pour être relativement répandues, sont-elles justes pour autant ? Nous sommes loin d'en être sûr. L'uniformité du droit est liée au fait que la règle de droit est une règle sociale. Elle doit donc être la même pour tous. Mais cela n'est vrai que si l'on fait abstraction du fait indubitable, semble-t-il, qu'au sein d'une même société globale plusieurs types de communautés, chacune soumise à des règles différentes des autres, peuvent coexister. Il serait peut-être temps de découvrir que le pluralisme juridique n'est pas seulement un fait international, mais qu'il est également une réalité au plan national. Chaque communauté familiale, chaque communauté de travail, chaque communauté régionale, etc..., obéissent chacune à des règles de droit qui leur sont propres. La formule *ubi societas, ibi ius* ne se rapporte pas seulement à la société politique (l'État) ; elle vaut également pour la multitude des groupes plus restreints qui composent la société globale. La morale, nous dit Perelman, est au contraire diversifiée. Pourquoi ? Parce qu'elle est individuelle. A chacun sa morale, donc. Or, cela est d'abord sociologiquement faux : les règles morales s'inscrivent la plupart du temps dans une logique de groupe. Un individu adhère à telle ou telle règle morale parce que le groupe dont il fait partie y adhère lui-même. Philosophiquement, ensuite, il est bien certain que les règles morales ne sont pas, ne peuvent pas être des principes individuels. Ou nous soutenons en effet qu'il y a des "règles" morales, ou nous affirmons qu'il y a autant de morales que d'individus. Mais entre ces deux thèses, une conciliation s'avère, pensons-nous, impossible : une règle est, par définition, ce qui, au moins potentiellement, vaut pour plusieurs. Le droit est obligatoire et la morale facultative, soutient par ailleurs Perelman. Il serait facile de retourner l'affirmation : la morale est obligatoire et le droit facultatif. Il y a beau temps qu'on a pu constater que celui qui enfreint les règles morales du groupe auquel il appartient se trouve *ipso facto* exclu de ce groupe. L'exclusion n'est-elle pas une sanction, peut-être la pire des

sanctions ? Il existe au contraire une foule de règles dites de droit dont la violation n'entraîne aucune réprobation et serait même, à la limite, considérées comme une belle manifestation de civisme. Songez, par exemple, à la fraude fiscale : qui ne se glorifie pas un peu d'avoir su rouler le fisc et n'en reçoit pas, dans son entourage, une chaleureuse approbation ? Mais ce genre d'objections ne relève guère que de l'observation sociologique, qui n'est pas d'un grand intérêt ici. Au plan philosophique, nous concéderons volontiers à Perelman que le droit est obligatoire. Mais il l'est non pas parce qu'il est assorti d'une menace de sanction, mais parce que toute règle de droit implique l'idée d'obligation, en vertu de cette sorte d'impératif catégorique immanent à la conscience qui veut qu'il faut faire le bien et éviter le mal. Or, la règle de droit, si ç'en est une, indique bien ce qu'il est bon de faire dans nos rapports avec autrui. Et il en va de même pour la morale dans la mesure où, elle aussi, détermine par ses règles ce qui est bien et ce qui est mal. La morale n'est donc pas plus facultative que le droit. Quant au critère de la sanction il conviendrait une fois pour toutes, selon nous, de le jeter aux oubliettes car il n'est pas de l'essence du droit : la règle de droit peut parfaitement se passer de sanctions. Il lui suffit d'indiquer le droit. C'est à la police et, plus largement aux pouvoirs publics, qu'il incombe de veiller à son exécution. Le droit est l'expression d'un savoir et non d'un pouvoir (Cf. A. Sériaux, "Pouvoir scientifique, savoir juridique", in *Droits*, n° 12, à paraître).

En fin de compte, Perelman nous apparaît comme un logicien, bien plus que comme un métaphysicien du droit. Ses apports à la logique juridique ont été considérables. Le lecteur de cet ouvrage en trouvera maints exemples. Sa façon très logicienne de concevoir la justice est, sans doute, plus discutable, mais elle est réellement stimulante. En revanche, dès qu'il aborde des points où une réflexion sur le droit se doit de dépasser le stade formel pour entrer dans une définition du contenu du "juridique", il a trop tendance, nous semble-t-il, à se conformer aux présentations passablement éculées de la doctrine moderne. C'est grand dommage. Voilà pourquoi sa philosophie du droit ne résistera probablement pas à l'empreinte du temps.

HUMANISME DE LA LIBERTÉ ET PHILOSOPHIE DE LA JUSTICE

Par

Jean-Marc TRIGEAUD

Tome II, Éd. Bière, 1990, pp. 166

Présentation par Alain SÉRIAUX

Reconnaissons-le d'emblée avec l'auteur lui-même : cet ouvrage n'est qu'une suite *modeste* du premier tome paru voici déjà cinq ans. Sous le signe d'Attila, c'est le courant positiviste qui est ici traité sommairement en quelques cinquante pages. Le reste est constitué par une série de textes plus ou moins brefs (pour la plupart d'intéressantes recensions d'ouvrages écrits par d'autres) où le positivisme n'apparaît qu'en filigranes. Deux contributions étrangères (de P.P. Ottonello et de M.A. Raschini), de caractère beaucoup plus général, achèvent le tout. Le ton d'ensemble est celui de la critique. Elle atteint nous semble-t-il son point culminant avec cette citation de Nietzsche (p. 124) : "il y a des vérités qui sont mieux reconnues par des têtes médiocres parce qu'elles leur sont plus adaptées". J.-M. Trigeaud, pour sa part, insiste volontiers sur le fait que le positivisme "porte atteinte à l'homme lui-même dans sa faculté de saisir une essence universelle et d'en médiatiser les exigences", "empêche le développement de sa pensée au degré le plus élevé, celui par lequel il s'accomplit et devient authentiquement libre et condamne ainsi tout humanisme de la liberté" (p. 11). Le positivisme, ajoute-t-il, a une démarche réductrice qui "conduit à séparer la partie du tout dont elle dépend, alors que la découverte de la justice requiert la perception de la totalité" (p. 12). Cela n'empêche pas l'auteur de nous proposer d'intéressantes perspectives sur la doctrine qu'il critique.

Plus qu'à une doctrine fermement établie et délimitée dans le temps, le positivisme correspond à un mouvement d'idées qui plonge ses racines dans les toutes premières heures de la pensée des hommes sur le droit. Mais au sein de ce mouvement quelque peu hétéroclite, il est possible de discerner, comme le fait J.-M. Trigeaud, plusieurs moments différents. L'auteur distingue à cet égard deux grandes dimensions : le conventionnalisme et le volontarisme. Le *conventionnalisme* "ne suppose pas une révocation en doute systématique et totale de la nature" (p. 43). Une première tendance, illustrée par les Sophistes

ou par Pascal, "laisse apparaître à l'arrière-plan la possibilité métaphysique d'une autre instance de jugement de valeur, même si elle est difficilement accessible" (p. 34). Pour les Sophistes -quelque peu défigurés par Platon pour les besoins de sa cause-, la justice n'est mise à l'épreuve "qu'afin de la soustraire à des contrefaçons faciles". (...) "La convention est un signe de la nature en sa vérité" (p. 32). Quant à Pascal, "ce qu'il veut montrer, c'est que nous ne connaissons pas la vraie justice, parce que des opinions et des codes variables suivant les pays et les temps ne satisfont pas aux conditions normatives de la vérité" (p. 34 - La citation est de A. Lalande). A côté de ce conventionnalisme en quelque sorte mitigé (et qui, pour notre part, nous paraît finalement très sain), l'on trouve un conventionnalisme plus radical (et pour J.-M. Trigeaud plus "authentique") qui opère une nette scission entre nature et loi fondant celle-ci sur un acte de volonté déconnecté de l'ordre naturel des choses. En accord avec M. Villey, J.-M. Trigeaud assigne à Duns Scot et à Occam la responsabilité de cette nouvelle forme de pensée. Pour le premier "le droit est soumis au dictamen de la volonté pénétrée par la volonté de Dieu. La liberté consiste donc à se conformer à l'ordre reçu" (...). "La volonté n'est pas soumise à la règle du bien, c'est au contraire la règle du bien qui lui est soumise. Si Dieu veut une chose, cette chose sera bonne" (p. 36 - La plupart de ces formules sont empruntées à E. Gilson). Pour le second, sa "perception nominaliste de l'individuel au sein de la nature" le conduit à un "subjectivisme qui présente le droit comme un rapport entre les règles permissives et les pouvoirs qu'elles accordent" (p. 36). La Réforme amplifiera encore cette façon de voir les choses. Elle trouvera un nouveau point d'appui chez Hume pour lequel "l'idée du juste procède entièrement de la représentation constante des lois, du droit établi. Elle naît artificiellement de la convention ; elle est une convention de la raison que cette autre convention, œuvre des volontés ou institution détermine" (p. 39). Nous sommes déjà à l'aube du *volontarisme* pur et dur où la positivité "se suffit à elle-même" (p. 44) parce que la nature est elle-même "anti-juridique". Les analyses de Hobbes sont à cet égard saisissantes (cf. p. 45 et s.) contrairement à celles de Rousseau que la postérité se chargera de défigurer (cf. p. 49 et s.). Quant au positivisme légaliste, qui triomphe au début du XX^{ème} siècle, il se refusera à s'engager "dans une réflexion radicale sur les principes onto-axiologiques dont il procède "et préférera s'ériger en dogmatique, négligeant la dialectique du questionnement métaphysique" (p. 55). Sur ce dogmatisme consubstantiel au positivisme contemporain nous avons déjà dit nous-mêmes quelques mots (V. "A propos de l'ontologie juridique", in R.R.J. 1990, p. 173 et s.).

Les réflexions de J.-M. Trigeaud sur le positivisme paraissent donc dans leur ensemble bienvenues et mériter une lecture attentive, même si elles sont parfois un peu trop sommaires (Kant est à peine signalé ; qu'en est-il de Hegel ?). Plus profondément nous regrettons que l'auteur passe trop vite sur ce qu'a de positif le positivisme (sic). Si une telle doctrine a pu séduire maints esprits, c'est qu'elle contient au moins quelques germes de vérité. J.-M. Trigeaud nous le montre incidemment à propos de ce que nous avons appelé le "conventionnalisme

mitigé" : si la vérité sur le droit est si difficile à atteindre, pourquoi ne pas s'en tenir à une demi-vérité, celle qu'accepte le commun des mortels à travers ses coutumes ou ses conventions ? C'est là une première justification du positivisme qui, à notre sens, ne doit pas être négligée. La lecture de Hobbes en présente une autre. Abandonnée à ces seules forces, la nature conduit à une guerre sans fin. Mettons-nous donc d'accord sur quelques règles, quel qu'en soit le contenu : obéissons même aveuglément aux principes posés par le Prince. Ces règles ou ces principes ne seront peut-être pas justes en eux-mêmes, mais ils ont l'immense avantage de procurer la paix : la Paix à tout prix, telle serait l'ambition foncière de Hobbes. C'est là, nous semble-t-il, une erreur, car la paix authentique ne saurait exister sans la justice. Elle est, selon l'heureuse formule de St Augustin, "la tranquillité dans l'ordre" ("ordre" étant pris ici comme synonyme de "bon ordre" ou d'ordre juste dans lequel chacun à le sien). Mais c'est une erreur sympathique. L'utilitarisme de Hume, avec son apparent doute systématique sur la générosité de l'être humain, ne repose-t-il pas lui-même sur un postulat extrêmement optimiste, voire idéaliste ? On ne remarque peut-être pas assez que des formules telles que "j'observe qu'il sera de mon intérêt de laisser autrui en possession de ses biens, pourvu qu'autrui agisse de la même manière à mon égard", reposent sur un vieux fond de justice commutative qui revient à peu près à dire que l'intérêt *bien compris* de chaque membre du corps social est de respecter les droits d'autrui. La réciprocité dans la justice est ainsi la base de la vie en société. Certes la position de Hume est incorrecte en ce qu'elle renverse l'ordre de priorités : l'intérêt d'abord, la justice ensuite ; mais elle procède d'une démarche qui veut tout de même sauvegarder l'ordre social. Sous cet angle, elle mérite une certaine estime. En somme, une étude objective du positivisme devrait selon nous s'appuyer sur ce postulat qui n'a rien d'improbable que personne ne construise une doctrine sur une erreur radicale, absolue et évidente. S'attacher à "discerner le bon grain de l'ivraie", telle serait la tâche des historiens de la philosophie qui pensent que la nature humaine, en dépit de ses tares évidentes, n'est pas foncièrement mauvaise.

A titre d'antidote, J.-M. Trigeaud, nous livre en arrière plan quelques uns des thèmes qui lui sont chers : la distinction entre liberté *pour* et liberté *de* (p. 49), la vision personnaliste de la nature humaine comme fondement du droit (p. 36). Ces thèmes sont amplement abordés par le tome 1 de son "Humanisme de la liberté...". Sa lecture ou sa relecture s'avère donc le complément indispensable d'une compréhension approfondie de ce tome second aux allures apparemment plus anodines. Quant à aborder et à discuter ces thèmes centraux, ce serait là une tâche qui dépasserait le cadre restreint de cette présentation. Nous ne nous y hasarderons donc pas.

**LETTRES INÉDITES DE JURISTES FRANÇAIS DU
XIX^{ème} SIÈCLE CONSERVÉES DANS LES ARCHIVES
ET BIBLIOTHÈQUES ALLEMANDES**

Publiées par

Olivier MOTTE
Bonn, Bouvier Verlag (Éd. Röhrscheid), 1989, 2 volumes,
XVII+1734 p.
ISBN:3-7928-0565-0

Présentation par Jean-Louis MESTRE
Professeur à la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille

M. Olivier Motte est le grand spécialiste des rapports qu'ont entretenus les juristes français avec leurs homologues germaniques depuis la fin de l'Ancien Régime et, de façon plus générale, de l'influence de la science juridique germanique en France. Nous avons déjà souligné dans cette *Revue* (1) le vif intérêt de son ouvrage sur *Savigny et la France* (2). Il convient aujourd'hui de présenter les deux premiers volumes d'une publication à la fois imposante par ses dimensions, riche par la masse des informations qu'elle livre et séduisante par l'érudition et la réflexion de son auteur. Cette publication, c'est celle des *Lettres inédites de juristes français du XIX^{ème} siècle conservées dans les archives et bibliothèques allemandes*.

O. Motte a procédé à des recherches extrêmement minutieuses, portant sur 340 dépôts d'archives et bibliothèques, pour retrouver ces correspondances en République Fédérale d'Allemagne, en République Démocratique, en Autriche, en Suisse alémanique et dans des régions qui ont fait partie des États germaniques au cours du XIX^{ème} siècle. Siècle entendu de façon large, comme ayant pris fin avec la première guerre mondiale, et dont O. Motte souligne l'importance : "Le XIX^{ème} siècle ne saurait être pour nous un siècle comme les autres ; jout simplement parce que, sans la connaissance de la période qui va de la Révolution à 1914, notre devenir à l'orée du XXI^{ème} siècle resterait incompréhensible" (p. XIII).

(1) 1988-1, p. 85.

(2) Berne, Lang, 1983, 247 p.

Les auteurs de ces lettres adressées à des correspondants germaniques (1) sont le plus souvent des professeurs de droit, mais aussi des magistrats, des avocats, des membres du haut personnel pénitentiaire et des auteurs de thèses ou autres ouvrages juridiques. Seules, celles de ces lettres qui portent, au moins pour l'essentiel, sur la "science juridique", ont été retenues par O. Motte qui justifie avec précision les choix qu'il a dû opérer (pp. 1-11, 96-110). A lui seul, le fond Mittermaier de la Bibliothèque universitaire de Heidelberg comprend plus de 1.500 lettres adressées à celui que l'un des principaux criminalistes de son temps, l'inventeur du casier judiciaire, Bonneville de Marsangy, appelait "l'homme éminent que vénère l'Europe".

C'est précisément comme une contribution à "l'histoire de la science juridique européenne contemporaine" qu'O. Motte a conçu cette publication de 1.150 lettres inédites. Il retrace sa démarche avec une force logique qui emporte l'adhésion. En premier lieu, lui est apparue la nécessité "de parvenir à une perception globale de phénomènes envisagés jusque-là au niveau strictement étatique". Ce souci de dépasser les cadres nationaux lui a fait ressentir l'importance de l'influence de la science juridique allemande au cours du XIXe siècle. Or, cette influence reste méconnue. Il était donc nécessaire de publier les documents permettant d'écrire l'étude qui dégagera les modalités de "la réception de la science allemande" et ses effets.

De cette étude, O. Motte assure modestement qu'il n'a fait qu'en présenter une "brève esquisse" dans le développement qu'il a intitulé : "Les juristes français et l'Allemagne (1804-1914)" (pp. 12-95). Certes, nous ne doutons pas qu'il complètera par la suite les indications qu'il y donne. Mais, la portée de celles-ci mérite de retenir l'attention.

O. Motte relève la jeunesse des juristes français qui écrivent à des correspondants allemands : "Se tourner vers l'Allemagne est une démarche qui, souvent, est extraordinairement précoce. C'est très tôt, lors de la préparation de leur doctorat ou peu après, que la plupart d'entre eux ont découvert la science juridique allemande... Souvent d'ailleurs, il y a là une volonté de se faire connaître au début de leur carrière, qu'elle soit dans l'enseignement, au barreau ou dans la magistrature", de "se placer sous un patronage illustre". C'est effectivement à des universitaires germaniques de renom -juristes surtout, mais aussi philologues et historiens- que sont adressées les lettres publiées. Parmi eux : Savigny, Mittermaier, Warnkönig, Krüger, von Mohl, Bluntschli...

"Géographiquement, la prépondérance de Paris" -comme lieu de résidence des auteurs des lettres publiées- "est écrasante ; ce qui n'a rien de surprenant pour un pays aussi fortement centralisé que la France. Mais elle est loin d'être totale. Il s'en faut de beaucoup d'abord que les correspondants parisiens soient tous originaires de la capitale. Surtout, des îlots particulièrement actifs subsistent en Alsace, à

(1) O. Motte signale aussi "la grande richesse" des lettres adressées par des juristes français à des correspondants français, et qui se trouvent dans les collections d'autographes de Berlin et de Vienne (p. 11, n. 51).

Strasbourg et Colmar, dans l'ouest, à Caen et Rouen, dans le Midi, à Toulouse et à Aix".

Du côté germanique, plus que ceux de Berlin et de Leipzig, ce sont les universitaires de Heidelberg, Bonn et Tübingen qui sont en rapport avec les juristes français. Les lecteurs de cette *Revue* ne seront pas surpris de voir le nom de cette dernière Université en si bonne place, puisque nous avons déjà signalé, à partir de sources françaises exclusivement, "le rayonnement en France des Facultés de Droit et d'Administration de Tübingen sous la Monarchie de Juillet" (1). C'est à cette époque -après les efforts passionnés des fondateurs de la revue *Thémis*, autour d'A. Jourdan, sous la Restauration- que l'influence de la science juridique allemande s'est le plus fait sentir : "Les disciples de l'Allemagne" sont alors, "malgré bien des résistances encore, véritablement au cœur de la vie scientifique, formant peu à peu ce que ses adversaires appelleront *la jeune école germanique*, avec ses chefs de file comme Klimrath, Laboulaye et Giraud, ses disciples ardents comme d'Hauthuille ou Lagarmitte et ses obscurs travailleurs comme Bergson, Koenigswarter ou West".

Après la rupture provoquée par la guerre de 1870-1871, qui dura près de deux décennies, "les jeunes juristes reprirent le chemin de l'Allemagne". L'intérêt porté à la science juridique allemande -surtout en ce qui concerne alors le droit romain et l'histoire du droit- se manifeste de nouveau avec force. A la veille de la première guerre mondiale, l'échange entre universitaires français et allemands est redevenu intense et semble même devoir se renforcer du fait de l'amélioration des communications, de la multiplication des congrès et du développement des revues juridiques.

A propos de celles-ci, il est intéressant de citer la lettre que Larnaude a adressée à Jellinek, le 10 mars 1893, pour lui annoncer la création de la *Revue du Droit Public et de la Science politique* : "Les travaux allemands sur le droit public sont nombreux... Ils sont à peu près inconnus en France. La *Revue* projetée est destinée à faire cesser ce fâcheux état de chose. Je viens donc vous demander si vous ne consentiriez pas à y collaborer et à vous laisser annoncer comme collaborateur. Je vous demanderai même davantage. Comme je voudrais que les premiers numéros parussent excellents je tiendrais beaucoup à avoir un article de vous" (p. 1141).

._*._.*

Les deux volumes de cette publication sont aussi de véritables mines de renseignements sur les juristes français du XIXème et de la première partie du XXème siècle.

D'abord, en raison de la richesse des notices biographiques qu'O. Motte a consacrées à chacun des 143 juristes dont des lettres sont publiées, avec des indications bibliographiques et archivistiques extrêmement précises (2). On peut simplement signaler que, depuis la

(1) 1988-1, pp. 85-111.

(2) La façon dont ces notices ont été établies est indiquée pp. 110-124.

parution de ces notices, un article est venu apporter des éléments sur les rôles qu'ont joués Charles Giraud et Firmin Laferrière en tant qu'inspecteurs généraux des Facultés de droit (1). Un autre a évoqué l'œuvre accomplie au Japon par Gustave Boutry-Boissonade (2). Quant à Alban d'Hauthuille, il ne fait pas l'objet d'une notice, aucune de ses lettres n'ayant été retrouvée en Allemagne. Mais, O. Motte évoque à deux reprises le vif intérêt qu'il porta aux ouvrages allemands (pp. 43 et 87). Aux références citées en note à son propos, on peut ajouter l'éloge que prononça Charles Giraud le 10 novembre 1845, éloge qui traduit une profonde émotion. Revenant à la Faculté de droit d'Aix, qu'il avait quittée trois ans plus tôt, Giraud est manifestement très peiné d'avoir à évoquer la mémoire de son jeune collègue, mort à trente-et-un-an, épuisé par son ardeur au travail (3).

Les lettres reproduites donnent elles-mêmes des renseignements très précieux sur la vie universitaire française. Ce sont des témoignages de première main, qui reflètent des sentiments profonds, des convictions personnelles, même si leur auteur cherche à en maîtriser l'expression. Par exemple, Abel Pervinquier expose sa joie et sa fierté d'avoir été nommé professeur de droit civil à Poitiers en 1835, alors que dix autres candidats s'étaient présentés au concours. Parmi eux "M. Cabantous, fils du doyen de la Faculté des Lettres de Toulouse, s'est particulièrement distingué. Si ce jeune homme continue à travailler, il ne peut manquer de réussir" (p. 1480). Prédiction exacte : Cabantous deviendra professeur suppléant à Dijon en 1841, puis -après un troisième concours- professeur titulaire de la chaire de droit administratif à Aix. Il atteindra la notoriété grâce à ses *Répétitions sur le Droit public et administratif*.

Qu'on permette à un historien du droit de citer le passage d'une lettre dans laquelle Pervinquier expose à Warnkönig sa conception de l'enseignement du droit civil : "Je tâcherai d'éclairer les lois par l'histoire, et j'espère convaincre mes élèves qu'on ne peut sainement apprécier un texte que lorsqu'on connaît bien ce qui a précédé. Un principe de droit ne doit pas être pris tel que les siècles nous l'ont apporté, froissé sur sa route par les législations qu'il a traversées et rendu souvent méconnaissable par les modifications successives qu'elles lui ont fait éprouver. Il faut remonter à son berceau, le saisir pour ainsi dire dans sa nudité ; puis, redescendre avec lui le cours des âges, sans le perdre de vue au milieu des vicissitudes et sous toutes les formes qu'il a subies. Voilà du moins ma manière de voir et la marche que je compte suivre" (p. 1481).

(1) A. Laquière, "L'inspection générale des Facultés de droit dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle (1852-1888)", *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, n° 9, 1989, pp. 7-43.

(2) Tadaki Matsukawa, "Le voyage de Monsieur Boissonade", *La Révolution de la Justice. Des lois du roi au droit moderne*, sous la dir. de Ph. Boucher, Paris, De Monza, 1989, pp. 253-266.

(3) *Éloge de M. Alban d'Hauthuille. Discours prononcé le 10 novembre 1845 à la première séance publique du concours ouvert devant la Faculté de droit d'Aix par M. Giraud, Professeur honoraire de la Faculté, président du concours*, Aix, Aubin, 1845, 12 p. (Bibliothèque universitaire, section Droit, 34 488).

Autres lettres révélatrices sur les enseignements donnés au XIX^{ème} siècle, celles d'un doyen de la Faculté de droit d'Aix, Jean-Baptiste Bernard, dont un portrait orne l'actuelle salle des Actes : "L'usage a établi chez nous qu'on dicte un cahier, résumé succinct, sorte de compendium qui fixe le cadre, indique la marche suivie, et place des jalons pour les explications orales, les interrogats (1) que nous faisons après les cours et enfin pour les recherches et les travaux des élèves. J'ai pensé qu'il était utile de frapper leurs yeux par des tableaux qui présentent chaque matière sous une idée simple qui indiquent au premier coup d'œil les diverses conditions qui doivent survenir pour que l'acte ou le contrat existent, les divisions dont il est susceptible, les effets qu'il produit" (pp. 309-310).

Cinq ans plus tard, en 1838, Bernard se lamente sur la médiocrité des étudiants : "Nos étudiants ne veulent plus voir un mot de latin. Jamais ils n'avoient été aussi faibles. Je crains qu'en étendant le cadre des connaissances qu'on veut leur donner, on ne leur nuise. Ils touchent à tout et ne savent rien. Notre épreuve du baccalauréat ès lettres les force à un effort de mémoire... Chez nous ils ne cherchent aussi qu'à passer l'examen et comme nous sommes trop faibles ils font toujours moins. Le droit romain n'est pas encore autant étudié qu'il le faudrait, cependant on le considère comme moins inutile..." (p. 325 ; voir aussi pp. 321-322).

Bernard éprouve même le sentiment que les professeurs de droit apparaissent inutiles aux yeux de la société : "L'étude est même peu possible, en province surtout, on ne vous sait gré que des connaissances dont on peut immédiatement profiter, et si le professeur veut obtenir cette considération qui lui est indispensable et ne pas paroître inutile, il est obligé d'être avocat. Il faut de plus en plus qu'il ne soit pas étranger aux affaires publiques et son temps est partagé entre ses clients, le conseil général, le conseil municipal, les commissions, les comités, il reste bien peu pour l'étude" (p. 312, lettre de 1834).

Autre apport de telles lettres, qu'il convient de souligner : elles reflètent les opinions de leurs auteurs sur l'état du droit de leur temps, notamment du droit pénal et de la politique pénale, pour lesquels les juristes du XIX^{ème} siècle ont, comme le souligne O. Motte, éprouvé un "extraordinaire engouement" (pp. 83-86).

Le conseiller à la Cour de Dijon François Pochon de Lacuisine livre ainsi son appréciation sur la législation de la Seconde République relative au jury (2) : "La nouvelle loi sur le jury est bonne ou mauvaise suivant l'esprit des délégués chargés d'en préparer les éléments. Abandonnée aux ignorants ou à des gens corrompus cette institution

(1) Ce terme était d'un emploi fréquent à l'époque. On le rencontre souvent à la place de celui d'interrogatoire dans les notes manuscrites conservées à l'intérieur des dossiers de la Cour d'assises des Bouches-du-Rhône. -Nous avons conservé l'orthographe des lettres reproduites.

(2) Voir l'article fondamental de Bernard Schnapper, "Le jury français aux XIX^{ème} et XX^{ème} siècles", *The Trial Jury in England, France, Germany, 1700-1900*, sous la dir. d'Antonio P. Schioppa, Berlin, Duncker et Humblot, 1987, pp. 193- 204. Lacuisine y est cité comme un "auteur influent" (p. 193, n. 109).

peut être funeste à l'innocence même ; entre les mains d'hommes instruits et inspirés du bien public elle est un grand ressort de patriotisme et d'émulation. J'ai reconnu le plus souvent depuis la mise à exécution de cette nouvelle loi que le jury s'attachait plus souvent à deviner la pensée du président des assises pour y accommoder sa propre décision ; c'est là un nouveau danger qui ferait peser sur la magistrature une bien lourde responsabilité. En définitive je ne crois pas que la législation actuelle soit le dernier mot de la question du jury et pour mon propre compte je préférerais de beaucoup le régime des listes avec intervention non pas des préfets mais de la magistrature inamovible dans leur formation générale" (p. 1125).

L'avocat Charles Vatel dénonce, quant à lui, la procédure criminelle, notamment les pouvoirs du juge d'instruction : "A côté d'un principe -il y a toujours une restriction, qui le tue ! Ainsi pour la Chambre du Conseil ! Il semble qu'elle puisse contrôler le juge d'instruction -Celui-ci lui fait un rapport-. Elle statue sur ce rapport ! elle pourra donc arrêter l'affaire si elle juge qu'elle ne doit pas aller plus loin ! On croit qu'il y a là une garantie ! Mais lisez l'art. 133 I. Cr. et vous voyez 1° que le juge d'instruction a voix délibérative comme les autres juges, 2° qu'il suffit de l'existence d'une seule voix *contre* l'accusé pour que l'ordonnance de prise de corps soit rendue et que le renvoi devant la Chambre d'Accusation soit prononcé !" (pp. 1650-1651). La loi du 17 juillet 1856 a donc dû satisfaire Vatel, puisqu'elle a supprimé l'intervention de la Chambre du Conseil et lui a substitué celle de la Chambre des mises en accusation de la Cour impériale. Cette modification législative permet en retour d'affirmer que la lettre qui vient d'être citée, non datée mais postérieure à une autre du 29 janvier 1855, est antérieure au 17 juillet 1856 (pp. 1649-1651).

Selon Charles Lucas, le célèbre partisan de l'abolition de la peine capitale, "l'esprit français ne supporte guère un compte rendu entièrement apologétique. Il faut absolument un peu d'assaisonnement critique" (p. 1229). Malgré cette opinion, nous ne pouvons que louer l'œuvre d'O. Motte, qui prépare actuellement un troisième tome, comprenant des index qui permettront de tirer aisément profit des 1.150 lettres publiées.

~*~*~

Il paraît enfin opportun de rappeler à tous ceux qui s'intéressent aux rapports juridiques franco-allemands que le premier volume de *l'Annuaire d'histoire administrative européenne* a été consacré au thème suivant : "Formation et transformation du savoir administratif en France et en Allemagne (XVIIIème-XIXème siècle)". Le second volume comporte plusieurs articles consacrés aux influences réciproques des droits administratifs français et allemands, dans un cadre plus général : "Confrontation et assimilation des droits administratifs nationaux en Europe (XIXème-XXème s.)" (1)

(1) Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1989 et 1990, 348 et 300 p.

VISPERAS DEL LEVIATAN
INSTITUCIONES Y PODER POLITICO
(PORTUGAL, SIGLO XVII)

Par

Antonio Manuel HESPANHA

Madrid, Altea, Taurus, Alfaguara S.A., 1989, 482 pages

Présentation par Jean-Louis MESTRE

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

Publié en portugais en 1986, l'ouvrage d'A.M. Hespanha sur le pouvoir politique et les institutions publiques du Portugal au XVII^e siècle vient d'être traduit en espagnol. Par sa démarche novatrice autant que par ses conclusions, cet ouvrage mérite de retenir l'attention bien au-delà du cercle des historiens du droit.

Traditionnellement, l'historiographie portugaise soutient la thèse selon laquelle la création de l'État moderne aurait été précoce au Portugal, comme dans le reste de la péninsule ibérique. Dès la fin du Moyen-Age, aurait existé un pouvoir monarchique puissant, dont l'autorité, soutenue par les juristes, se serait imposée sur l'ensemble du territoire au moyen d'une forte centralisation. Cette thèse est appuyée sur les écrits des penseurs politiques qui invoquaient déjà la puissance absolue du monarque et sur les mesures édictées par le pouvoir royal lui-même.

A.M. Hespanha soumet cette présentation traditionnelle à un examen approfondi. Plus précisément, il propose une nouvelle démarche méthodologique, d'une toute autre ampleur. A l'exaltation de textes séduisants, mais d'une portée pratique incertaine, il substitue la recherche minutieuse des mécanismes pratiques et quotidiens du pouvoir politique sous ses différentes formes. Pouvoir politique dont l'effectivité ne peut être appréciée que par les modifications que son activité apporte aux rapports préexistants au sein de la société civile.

Pour saisir ces mécanismes, A.M. Hespanha a procédé à une vaste collecte de données quantitatives, qu'il a traitées ensuite informatiquement, et à l'analyse d'une source archivistique très précieuse : un manuscrit de 1640 portant estimation de la valeur de tous les offices du royaume du Portugal à cette époque. De cette estimation, dressée pour des raisons fiscales sur l'ordre du pouvoir royal, la fiabilité paraît très grande : il ne s'agit pas d'une appréciation formelle, mais d'une estimation concrète, basée sur les ressources que procurait l'office à son titulaire.

Sa démarche méthodologique explicitée, A. M. Hespanha étudie les cadres structurels du pouvoir politique. Le cadre démographique

est marqué par l'opposition entre le Nord, bien peuplé, et le Sud, presque désert. Le cadre politico-géographique reflète une même différence : dans le Nord existent des communes de petite taille, correspondant à des solidarités traditionnelles remontant à l'Antiquité. Au Sud, les rois ont créé des communes artificielles, pour des raisons militaires. En ce qui concerne le cadre financier, A.M. Hespanha montre que les ressources que la Couronne tire du Portugal lui-même sont à peu près constantes, compte tenu de l'évolution des prix, entre 1527 et 1680. La part de ces ressources dans l'ensemble des recettes de la Couronne tend donc à diminuer, puisque les ressources procurées par l'outre-mer augmentent sensiblement, en revanche. Conséquence importante : la monarchie accorde moins d'intérêt à l'administration de l'intérieur du pays, à la différence de la monarchie française.

Sont ensuite étudiées les structures politico-administratives, depuis les offices locaux jusqu'aux fonctions de la cour. En 1640, environ 11 700 officiers sont en charge de l'administration périphérique, alors qu'environ 500 restent auprès du monarque. Quant aux fonctions exercées, elles sont pour l'essentiel de justice (28 %) et d'économie ou "police" selon l'acception ancienne du terme (46 %). Le premier de ces nombres confirme que faire régner la justice était une tâche primordiale pour les autorités publiques portugaises du XVII^e siècle, ce qui correspondait aux conceptions traditionnelles des penseurs politiques. En revanche, le second pourcentage peut prêter à confusion, car on peut être tenté d'y voir un indice de modernité. Mais, A.M. Hespanha écarte cette interprétation avec un argument décisif : la plupart de ces offices existaient dès le Moyen-Age. Il en tire une conclusion susceptible de donner matière à discussion, mais qui correspond à ce que nous avons constaté pour la France en retraçant l'histoire des règles administratives : l'idée qu'il appartient au pouvoir public de régler les aspects quotidiens de la vie en commun n'a pas été une innovation de l'"État de police", mais la transposition au plan central de ce qui se faisait depuis le Moyen-Age dans le cadre de la seigneurie ou de la cité.

Quant aux relations entre le pouvoir royal et les administrateurs locaux, elles ne sont "modernes" -c'est-à-dire de type hiérarchique- que dans les domaines de l'armée et des finances. Pour le reste, les tâches d'administration -dont "l'administration de la justice"- sont confiées à des officiers indépendants de par leur statut. Les évocations royales restent rares, du fait de la large concession des privilèges *de non evocando*. De la sorte, les "supérieurs" ne font guère qu'exercer une autorité de tutelle ; ils ne donnent pas d'ordres à exécuter.

L'administration centrale, quant à elle, est caractérisée par trois éléments. Elle apparaît, en premier lieu, de type juridictionnel. Au Moyen-Age, on le sait, le roi était essentiellement "le grand justicier" de son royaume, qui veillait à ce que chacun reçoive ce qui lui était dû, selon l'antique formule : "*ius suum cuique tribuere*". Cette conception s'est maintenue plus longtemps au Portugal que dans les États germaniques ou en France : encore au XVII^e siècle, "le discours politique y constitue un genre littéraire marginal" et ce discours évoque à peine les fonctions du pouvoir royal qui s'écartent de la *iurisdictio*, les fonctions militaires, financières et économiques, c'est-à-dire les fonctions d'une

"administration active, créatrice de situations politiques nouvelles". Les auteurs portugais n'ont donc guère utilisé la problématique qui avait déjà permis à nombre de théoriciens et de juristes de trouver dans le cadre du *ius commune* des concepts auxquels ils pouvaient rattacher ces fonctions : ceux de *cognitio extra ordinem* et surtout d'*imperium*. A. M. Hespanha le montre avec d'autant plus d'assurance qu'il avait précisément consacré à ce problème conceptuel une remarquable communication au colloque organisé par Erk Volkmar Heyen à Bad-Hombourg en 1983. Communication qui a été publiée en français sous le titre de "Re-présentation dogmatique et projets de pouvoir. Les outils conceptuels des juristes du *ius commune* dans le domaine de l'administration (1).

Le second caractère de l'administration centrale portugaise du XVIIe siècle, c'est son organisation polisynodale : elle est composée de conseils, tribunaux et juntes. Cette structure, liée à la conception du pouvoir comme *iurisdictio*, se montre peu adaptée à l'action, qui exige des décisions tranchées et rapides. Quant au troisième trait -le processus bureaucratique- il apparaît en revanche comme novateur : c'est à partir du XVIe siècle que s'est développée au Portugal la constitution de bases documentaires écrites "à finalité de gestion administrative".

En contrepoint, A.M. Hespanha se penche ensuite sur "la constellation originnaire des pouvoirs". Il souligne l'importance fondamentale de la conception corporative de la société qui avait imprégné la pensée médiévale et qui prévalait encore au XVIIe siècle, avant le développement de l'individualisme. Il montre comment cette conception avait été renforcée par la doctrine juridique savante. Celle-ci avait développé le concept de personnalité morale, admis le "droit d'association", permettant la constitution de nouvelles collectivités sous les qualifications de *corpus*, de *collegium* et d'*universitas*. Elle avait même reconnu en partie "le caractère originel ou naturel des pouvoirs politiques de ces collectivités", leur *iurisdictio ordinaria*. Viennent alors des développements consacrés à "la théorie des ordres" et aux privilèges dont jouissaient ceux-ci, aux communautés territoriales et aux seigneuries. A propos de ces dernières, A.M. Hespanha conclut en assurant que dans le Portugal du XVIIe siècle existait "un équilibre" entre les droits du roi et ceux des seigneurs. L'historiographie traditionnelle a trop facilement admis que les pouvoirs des seigneurs avaient décliné dès le XVe siècle, en tirant argument de documents émanant de la Couronne elle-même. Mais, si les pouvoirs seigneuriaux pesaient encore lourdement sur les

(1) *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäische Ansichten, Ius commune*, tome 21, Francfort-sur-Main, Vittorio Klostermann, 1984, pp. 3-28. Cf. notre chronique historique de l'Annuaire européen d'administration publique, tome VI, 1983 (paru en 1984), spéc. pp. 884-885 et *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, 1985, pp. 108-110, 113, 160-161 et 178. A.M. Hespanha est revenu récemment sur ce thème : "Justiça e administração entre o Antigo Regime e a Revolução, in *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales* (sous la dir. de Bartolomé Clavero, Paolo Grossi et Francisco Tomas y Valiente), Milan, Giuffrè, tomes 34/35 de la *Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno*, pp. 135-204.

populations, celles-ci voyaient de plus en plus dans l'autorité monarchique "un pouvoir de recours" contre l'oppression locale.

Sensible aux changements de perspectives ouverts par l'anthropologie juridique -ce qui réjouira notre collègue aixois Norbert Rouland- A.M. Hespanha pousse plus loin encore ses investigations. Il en vient à traiter de "la justice et de l'administration informelles", généralement négligées. Il en dégage les caractéristiques : facilité d'accès, oralité, flexibilité des formes et des normes, solutions de type compromissoire, susceptibles d'être admises par ceux qui ont recours non à des juristes professionnels, mais à des membres de leur communauté réputés pour leur expérience, leur sagesse. A. M. Hespanha souligne même que les juges officiels de premier degré participaient encore largement de cette justice informelle, dans la mesure où nombre d'entre eux restaient analphabètes ou, à tout le moins, ignorants des règles de droit. Ils étaient, comme l'a écrit avec ironie en 1653 le jurisconsulte Antonio de Sousa de Macedo, des "*doctores necessitatis, id est sine lege, cum necessitas non habet legem*". Des analyses statistiques, établies à partir des sommes perçues par les notaires, permettent à A.M. Hespanha de découvrir "les asymétries régionales" qui existaient alors, entre les provinces dans lesquelles la masse des communautés rurales résistait à l'introduction de l'acte écrit, et celles, plus urbanisées, à l'économie plus ouverte, qui avaient de plus en plus "recours à l'administration et à la justice formelles".

Mais, le développement de ce recours, s'il constitue la manifestation tangible d'une évolution profonde, ne doit pas être porté entièrement au crédit du pouvoir monarchique. Les possibilités d'action de celui-ci étaient encore limitées par les effets du statut des officiers royaux, par la patrimonialité des charges et l'immunité qui en découlait. Aussi, A.M. Hespanha peut-il conclure, au terme de sa magistrale démonstration, que le Portugal du XVII^e siècle continuait à vivre sur la base de la *Respublica* médiévale : "la polarisation du pouvoir politique en une entité unique" n'était pas encore réalisée. Le Portugal était donc, comme l'indique le titre de l'ouvrage, à la veille de l'apparition du Leviathan.

Signalons enfin qu'il est fort intéressant de prolonger cette étude de l'histoire des institutions portugaises en lisant deux articles remarquables de Mario Reis Marques : "Références françaises et allemandes dans la formation du droit administratif portugais" (*Annuaire d'histoire administrative européenne/Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte*, tome 2, 1990, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 235-255) ; "Sur l'histoire de la justice administrative au Portugal" (*Hispania entre derechos propios y derechos nacionales, op. cit.*, pp. 867-883).

Dans ces deux articles, M. R. Marques met en lumière les influences françaises et allemandes qui se sont exercées au Portugal au cours du XIX^e siècle et des débuts du XX^e, après avoir évoqué, dans des présentations brèves mais denses, d'une part "l'ensemble des principes structurants du *corpus* de normes relatives à l'administration" qui existait sous la monarchie d'Ancien Régime, et d'autre part, "le contentieux administratif de l'Ancien Régime".

"DÉFINIR LE DROIT"

I et II - Revue "Droits"
(Revue française de théorie juridique)
Numéros 10 (1989) et 11 (1990).

Divers auteurs, sous la direction de Stéphane RIALS

Présentation par Emmanuel PUTMAN
Professeur à la Faculté de Droit de la Réunion

Considérable "affiche" : convoquées autour d'un thème primordial et inépuisable, les signatures de ces deux livraisons de la revue "Droits" pourraient composer un "all star cast", dans le sens américain. Considérable florilège évidemment aussi : ces deux anthologies, que "breviatis causa" nous nommerons ci-après "Définir" I et II, se lancent pareilles à des navettes exploratrices à l'assaut de la nébuleuse-droit ou du moins, comme le souligne S. Rials ("ouverture" de Définir II) à la découverte d'une idée du droit et d'un critère de la juridicité.

Face à la tâche de définir le droit, le premier réflexe est de conclure à une impossibilité ou à une inutilité. J. Combacau doute que le droit soit "un ensemble de choses définissables par ses caractères constitutifs" (Définir II, 11) ; le Doyen Vedel croit "qu'il est possible d'être juriste sans avoir une bonne définition du droit" (id., 70). D'aucuns se borneront comme fait Wroblewski (Définir I, 117 et s.) à tenter une typologie des définitions possibles ou conclueront, tel M. Troper (id., 102) à une définition "stipulative", qui ne voit dans le droit "qu'un mot par lequel on désigne une certaine classe d'objets". Le droit ne serait-il que ce que les juristes s'entendent à désigner comme l'objet de la science du droit ? Toute l'affaire est qu'ils ne s'entendent guère, et y mettent beaucoup de choses : le droit est "à la fois procédure, contenu et puissance" dit S. Sur (Définir II, 62). Selon M. Perrin (Définir I, 63) il est susceptible aussi bien d'un point de vue de juriste d'une "vérité du droit", que d'un point de vue de sociologue d'une "vérité sur le droit". G. Kalinowski (id., 43) en a trois notions, droit subjectif, droit objectif et droit-juste ; et J. Commaille (ibid. 25) résume un sentiment assez général en parlant de "nature plurielle du droit" (comp. Visser't Hooft, Définir I, 108 : un "jeu complexe de finalités qui s'appellent mutuellement").

Du reste, dire que le droit est un mot de juriste n'est qu'en apparence réduire le droit : car c'est accorder beaucoup d'importance

aux juristes, qui en retour accordent beaucoup d'importance au droit. Nul ne conteste qu'il faut "prendre le droit au sérieux" (Journès, Définir I, 42) mais, sous prétexte d'une "présence permanente du droit" (Cotta, Définir II, 15), on se laisse effleurer par la tentation du panjurisme, jusqu'à proclamer que "le droit est la science universelle par excellence" (Schwarz Liebermann von Wahlendorf, Définir I, 84). Or si le droit n'est pas que règle du jeu et mode d'emploi, comme incline à le penser M. Bouineau (id., 18), du moins serait-il sage d'admettre que "le droit n'occupe finalement qu'une place moyenne dans l'échelle des valeurs humaines, et un rôle instrumental eu égard à des fins plus hautes (Sève, ibid, 92).

Avoir une idée du droit, en effet, c'est pour presque tous défendre une idée des fins du droit. Que le droit soit un devoir, un "devoir-être" comme dit S. Goyard-Fabre (Définir II, 29) peu en disconviennent. Mais un devoir pour quoi faire ? Beaucoup plus de juristes qu'on aurait cru continuent de définir le droit comme discipline sociale, "direction publique des conduites humaines" (Amselek, Définir I, 10), "élément constitutif de l'organisation sociale" (Chevallier, id., 22), "art d'exprimer et de résoudre les contradictions sociales dans une société déterminée" (Miaille, Définir II, 44). Pour V. Petev, "Le droit est obligatoire à cause de sa fonction sociale" (Définir I, 71). N. Rouland (id., 78) avec son expérience d'anthropologue, et des mots différents, retient du droit "une façon de penser les rapports sociaux". Ce sont là, révérence gardée, des définitions pour manuels d'introduction au droit : exactes mais n'appréhendant peut-être pas le droit dans toute sa complexité. En vérité, là où le droit s'affirme comme discipline sociale, l'utilisation du droit comme instrument d'un pouvoir (pas nécessairement politique) n'est jamais bien loin, que l'on voie dans le droit "l'expression d'une conception de la morale sociale" (Weinberger, Définir I, 112) c'est-à-dire d'une idée reçue -celles par lesquelles on mène les hommes-, une "structure auto-référentielle de codage de la puissance publique légitime" (Wilke, Définir I, 116) -quelqu'un d'autre, en un autre temps et en termes plus crus, a appelé le droit la politique de la force-, ou une "herméneutique officielle du monde" (Grzegorzczuk, Définir II, 34) ce qui renvoie au pouvoir des herméneutes, c'est-à-dire des juristes. Mais, faire du droit l'instrument d'un pouvoir, n'est-ce pas accorder trop de pouvoir au droit ? Il faudrait démonter les ressorts psychologiques de ce "désir de droit", du "tout est droit" et du droit pour tout. F. Terré (Définir II, 66) le rapproche de la peur de la mort, en suggérant que l'homme "veut oublier ou combattre la mort par sa création permanente du droit". De là l'hypertrophie du juridique, quand le droit pourrait n'être qu'un "droit-limite" (Renaut, Définir I, 75), un "système qui a pour charge de garder l'homme contre ses propres folies" (Edelman, Définir II, 23). La folie et la mort : contre elles, faut-il s'armer du droit, considéré comme une "éthique pratique" (Drai, Définir II, 19) ? Il faudrait au moins se poser une question, qui devrait être lancinante : "la technique serait-elle en train de vaincre le juste ?" (Regourd, id., 57).

Car on ne peut plus se contenter de rechercher seulement un critère de la juridicité. La tentation serait alors grande de ramener le

droit à un ensemble de croyances, dans la légitimité, la supériorité, l'obligatorité, la nécessité de l'autorité, de la règle, de la sanction (A.J. Arnaud, Définir I, 14, rappr. Pattaro : "le droit valide est psychologiquement obligatoire", Définir II, 50). Le juriste deviendrait un simple montreur de droit, le décrivant plutôt que de le définir : ainsi M. Peces-Barba Martinez dit la norme juridique "si elle est produite par l'organe compétent avec la procédure autorisée et si elle est conforme aux valeurs (...) qui font partie de la constitution matérielle" (Définir II, 54). Même ceux, particulièrement nombreux, qui voient le critère de la juridicité dans la "justiciabilité", de M. Leben (Définir II, 39) à Alvaro d'Ors (Définir I, 51) en passant par MM. Ost et van de Kerchove (id. 56) ou G. Timsit (ibid 96), ne disent pas tout : car ils prennent la "justice" au sens institutionnel du mot, quand tout invite à en adopter l'acception morale. Un courant traverse "Définir I", que M. Perenic reprenant une assez admirable formule de Bloch, voit le droit comme une "orthopédie de la tête levée et de la dignité humaine" (p. 62) ou J.-M. Trigeaud (p. 99), comme "l'être même pris dans la dimension du juste". Le droit, art du juste : le mot est répété ou suggéré par J. Hervada (p. 34), O. Höffe (p. 33), B. Oppetit (p. 50). G. Cornu, dans un très beau texte ("Du visible et de l'invisible", Définir I, 29) veut que "tout droit positif demande son chemin à un ordre de valeurs idéales". A. Sériaux pose de non moins beaux "Jalons pour la récupération d'une conception métaphysique du Droit". Portant le droit devant le souverain Juste et le souverain Juge, et concluant que "le reste est, semble-t-il, silence", A. Sériaux a là un mot terrible pour le bruit du droit de notre temps. Également terrible est, dans "Définir II", l'article du Doyen Carbonnier : la justice "cette ambition du droit" (p. 6), nous dit-il, n'est pas incluse dans la définition du droit positif. Tout au plus relève-t-elle d'un "droit prophétique" (p. 9). C'est la prévisible réponse de ceux qui font du droit à ceux qui cherchent le Droit. Entre le droit des uns et le droit des autres, le droit régulateur, le droit qui donne droit à des droits, et le droit-tuteur, le droit qui donne le droit de se tenir droit, entre le droit-justesse, qui nous impartit d'avoir à ne pas jouer faux, et le droit-justice qui nous avertit qu'on ne joue plus, entre le droit des habiles et les droit des justes, ceux qui, pour paraphraser Jankélévitch, pratiquent la vertu virtuose et ceux qui prônent la vertu vertueuse, "Définir" I et II laissent -mais pouvait-il en être autrement- chacun devant un choix personnel, et quelques uns devant ce nœud de contradiction dont, au dernier acte de "La reine morte" de Montherlant, parle le roi Ferrante avant de rester seul.

"INTRODUCTION GÉNÉRALE AU DROIT"

Par

Monique CHEMILLIER-GENDREAU,
Professeur à l'Université de Paris VII

Avant-propos de P.H. CHALVIDAN et P. WEISS.
Eyrolles-Université, Collection Droit et Sciences Humaines 1990,
173 pages

Présentation par Emmanuel PUTMAN

Professeur à la Faculté de Droit de la Réunion

Œuvre d'une publiciste, cette "Introduction générale au Droit" est un événement. S'adresse-t-elle vraiment aux étudiants de première année ? Les ponts-aux-ânes de leur programme sont prestement franchis : présentation succincte des juridictions, mais avec des saluts au Conseil constitutionnel, à l'arbitrage, aux juridictions internationales ; une page sur la preuve ; un paragraphe sur la personnalité morale ; treize lignes pour définir les institutions juridiques ; presque rien sur le droit transitoire ; rien sur la distinction des droits réels et personnels (l'auteur ne croit pas à la notion de droit subjectif : ceci explique probablement cela)... Le vrai lecteur de cet essai, c'est le juriste qui sait déjà son droit.

Il goûtera un style concis et dépouillé, qui offre avec bonheur la vigueur de l'idée sans le clinquant du jargon. Les aperçus proposés sont dignes de l'internationaliste et de la politologue qu'est Mme Chemillier-Gendreau : évocations, ramassées mais suffisantes, du droit communautaire et de la protection européenne des droits de l'homme ; pages des plus stimulantes sur la méthode dialectique (malgré l'étonnante absence de référence à l'article d'Edmond Bertrand, "Le rôle de la dialectique en droit privé positif", D. 1951, Chron. 151 et s.) ; suggestive présentation de l'ordre juridique international, avec une allusion, rare dans ce type d'ouvrages, aux contrats commerciaux internationaux passés par les États. Mme Chemillier-Gendreau intéressera autant le juriste que l'économiste (le contrat, vu comme facteur d'extension indéfinie de l'échange marchand), l'historien des doctrines (les considérations sur l'évolution des formes de l'État), le sociologue. Son analyse comme droit spontané infra-étatique de phénomènes que nous qualifierons d'"anti-droit" (la fraude fiscale) est passionnante, et nous adhérons à sa description de l'organisation des

marchands dans les rues des villes africaines comme de "l'infra-droit", en suggérant d'étendre l'observation à la mendicité, dont la régulation par un droit infra-étatique dans la Chine ancienne est illustrée, sur le mode humoristique, par les romans de Robert Van Gulik. Si, d'un auteur publiciste, on attendait plus que la simple description de la "summa divisio" droit public- droit privé, la place faite aux rapports entre souveraineté et nationalité, à la décentralisation, au fédéralisme, est opportune.

Mme Chemillier-Gendreau nous fait souvenir qu'étymologiquement le sceptique n'est pas celui qui ne croit pas, mais celui qui considère les choses en esprit, qui "observe" : sa pensée est lucide ("le droit choisit souvent son camp", nous dit-elle) mais noble (sa conclusion sur la responsabilité des juristes et l'éthique qui doit les guider). On reste pourtant libre de ne pas partager avec elle une certaine idée du droit. Fondé sur une rationalité extérieure aux parties entre lesquelles il opère un partage, exprimé par un langage ; le droit, souligne Mme Chemillier-Gendreau, vise à assurer le fonctionnement social par anticipation ou règlement des conflits. On ne saurait mieux dire. En revanche, nous ne croyons pas que l'énoncé juridique relève de l'impératif, même quand il en emprunte la forme, mais qu'il est essentiellement conditionnel. C'est là la vraie divergence avec la morale, et non une prétendue opposition de fins (le fonctionnement social pour l'un, le perfectionnement individuel pour l'autre) qui ne résoud rien (le droit vise à la justice, la morale à former des hommes justes : est-ce si différent ?). Prenez l'article 1382 : la morale prescrirait : "tu ne causeras pas de dommage". Le Code civil dit : "Si tu causes un dommage, il faudra le réparer". Ce n'est pas le langage du commandement, fais ceci ou cela, c'est le langage de l'avertissement, "si tu fais ceci ou cela...". Maurice Druon a, dans les "Mémoires de Zeus", illustré à travers les mythes un tel glissement du discours, comme signe du passage de "l'aube des dieux" aux "jours des hommes". Surtout, ceci ramène le juriste au problème de la sanction. Contrairement à Mme Chemillier-Gendreau, et à d'autres, nous maintiendrions volontiers que la sanction est de l'essence du droit, l'ineffectivité de la sanction ne relevant que de son existence : seulement, il faut s'entendre sur le sens à donner au mot sanction (Cf. Ph. Jestaz, "La sanction ou l'inconnue du droit", D. 1986, Chron. 197).

Quoiqu'il en soit, l'ouvrage de Mme Chemillier-Gendreau apporte un souffle d'air vif au genre des Introductions au droit. Il nous incite aussi à appeler de nos vœux la partition pour deux claviers, publiciste et privatiste, que justifie la transdisciplinarité du sujet : avis aux "duettistes" ...

QUEL DROIT EN EUROPE ? QUEL DROIT POUR L'EUROPE ?

Conseil d'État et Comité du rayonnement français
Colloque de Cannes, novembre 1989, Documentation française, 1990

Présentation par Jean-Claude RICCI
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III

Enfin !... Voilà un ouvrage qui parle intelligemment du devenir du droit dans l'Europe de demain.

L'Europe, tout le monde en parle, bien peu la font ou sont capables d'en discerner les lignes générales concrètes.

Ce Colloque, dominé par la personnalité de M. Marceau Long, réunissait les plus hauts magistrats de la République (Conseil d'État, Cour de cassation, Cour des comptes) sous l'autorité du Garde des Sceaux.

Les organisateurs avaient eu l'excellente idée de préférer le système des ateliers à celui des grandes interventions à la tribune ; c'est certes moins brillant mais c'est beaucoup plus efficace.

Huit ateliers ont travaillé en vue de rapports : droit des affaires, droit de l'audiovisuel, espace social européen, normalisation, marchés publics, droit de la concurrence, pays tiers, conception et application de la règle communautaire.

Progressivement, le puzzle prend forme, l'Europe concrète se construit. Mais surtout, le droit est en première ligne et non, comme c'est souvent le cas dans nombre de secteurs contemporains, dans la réserve des arrières pour le cas où ... Marceau Long a clairement rejeté cette idée : "Je crois profondément que cette conception absolument instrumentale du droit est terriblement réductrice de sa signification et de sa portée réelle".

Les ateliers ont mis en évidence des différences selon les secteurs mais ils ont aussi montré les importantes lignes de convergence : "Le droit, moteur de l'Europe ?" s'interroge le Président Long... Ce n'est plus une boutade mais, désormais, un constat d'évidence que vient renforcer le retour de nos frères européens de l'Est vers la liberté, c'est-à-dire d'abord vers l'État de droit, seul susceptible de donner une paix sociale et des rapports justes dans des sociétés sereines.

TRAITÉ DE DROIT ADMINISTRATIF

Par

A. de LAUBADÈRE (†), J.-C. VENEZIA et Y. GAUDEMET
11ème édition, 1990, L.G.D.J., tome 1

Présentation par Jean-Claude RICCI
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III

On ne présente plus aux lecteurs de cette Revue l'ouvrage qui, pour des générations d'étudiants, d'enseignants et de spécialistes, s'est appelé familièrement "Le Laubadère", sorte de "Lagarde et Michard" du droit administratif.

Formellement, la présentation s'est renouvelée, la couverture se "colorise" et l'épaisseur se développe. Il faut dire aussi un mot du style, car à notre époque, la denrée se fait rare. Ce style est clair, souple, il "coule" agréablement. Les phrases sont généralement courtes. Elles se succèdent avec un parfait enchaînement, preuve que le souci de la pédagogie a été constant. C'est bien nécessaire dans une matière réputée difficile.

Mais c'est évidemment pour son fond que le "Venezia-Gaudemet" doit être salué. Après de substantiels prolégomènes (près de 50 pages), l'ouvrage est divisé en deux parties de longueurs à peu près égales (420 et 380 pages) : la première est consacrée aux **structures administratives**, la seconde à **l'action de l'administration**.

La première partie expose, en deux livres *l'organisation administrative* (administration d'État, centralisation et décentralisation, collectivités locales, personnes publiques spéciales) et la *justice administrative* (les juridictions, le partage des compétences, les recours).

La seconde partie se propose d'étudier, en trois livres, les *actes administratifs* (théorie générale de l'acte administratif, les actes unilatéraux, les contrats administratifs), *l'action de l'administration* (la police et les services publics) et la *responsabilité administrative* (responsabilité du fonctionnaire et de l'administration, cumul de responsabilités).

Les notations sont toujours précises et justes, les réserves émises avec ce brin de distance qui caractérise une saine élégance universitaire. La documentation est complète, très fouillée et rigoureusement à jour. Mais cet ouvrage se signale surtout, à nos yeux, et en cela il marque fortement la fidélité à A. de Laubadère, par le goût

prononcé pour "les théories générales", ces vastes synthèses où est résumé l'esprit d'un concept, l'essence d'une institution.

Alors qu'une certaine dérive universitaire conduit fréquemment les auteurs à faire du "suivisme" en décrivant pas à pas les convulsions bi-hebdomadaires des lois et les soubresauts constants de la jurisprudence, ce qui a pour effet de faire tendre les manuels et traités vers le style catalogue, nos auteurs savent garder les rênes de leur œuvre. Elle ne leur échappe jamais et ils la dominent avec cette aisance souveraine qui n'appartient qu'à ceux qui sont les véritables créateurs.

Gageons que cet ouvrage poursuivra sa déjà belle carrière grâce aux talents conjugués de Jean-Claude Venezia et d'Yves Gaudemet.

VIENT DE PARAITRE

**LES ANNALES DE L'I.R.E.T.I.J.
INFORMATIQUE ET DROIT**

N° 2

**INSTITUT DE RECHERCHE ET D'ÉTUDES
POUR LE TRAITEMENT DE L'INFORMATION JURIDIQUE**

C.N.R.S. U.A. 0954

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER I

Faculté de Droit

39, Rue de l'Université

34060 MONTPELLIER Cédex

DÉPOT LÉGAL 1er Trimestre 1991

ERRATUM

ARTICLE DE M. CHEROT

Page 55, 11ème ligne, lire : des règles propres aux rapports financiers entre l'État et les entreprises publiques **ou la réglementation** fixant les conditions dans lesquelles les collectivités locales peuvent participer au capital d'une société commerciale.

II - Droit Economique

- Jean-Yves CHEROT, Les évolutions du droit public économique

III - Idées politiques et science politique

- Christiane PEYRON-BONJAN, Jean-Jacques Rousseau et les contradictions du modèle théorique du contrat social
- Ali NEFZAOUI, Le Liban ou la faillite de la diplomatie occidentale en Méditerranée orientale

IV - Droit Administratif Comparé

- Anthony MADELLA, Le régime juridique de la radio-télévision à Chypre

V - Droit Pénal

- Guillaume CHAMPY, De la fraude monétaire à la fraude informatique

VI - Anthropologie juridique

- Jean-Louis HAROUEL, Jugement de valeur explicite ou jugement de valeur camouflé ?
- L'anthropologie juridique face au jugement de valeur. Dialogue entre N. ROULAND et J.-L. HAROUEL

VII - Variétés

- Marc BRUSCHI, Droit et sciences occultes (1^{re} Partie)

VIII - Actualités doctrinales

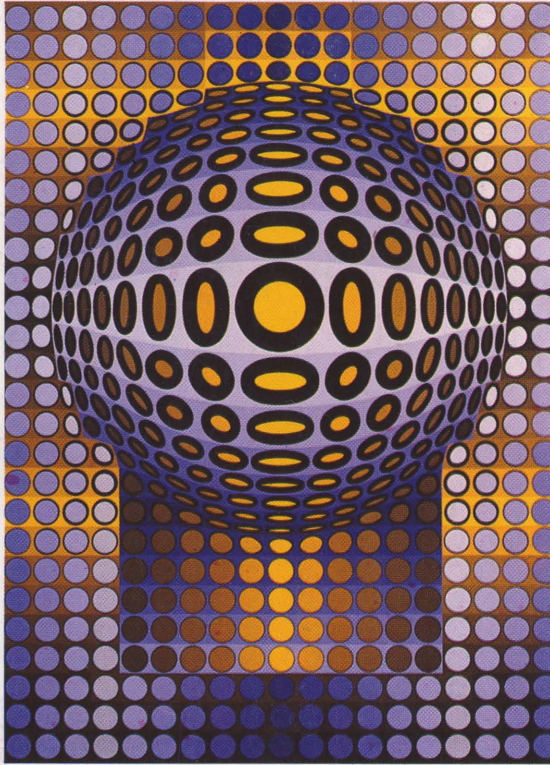


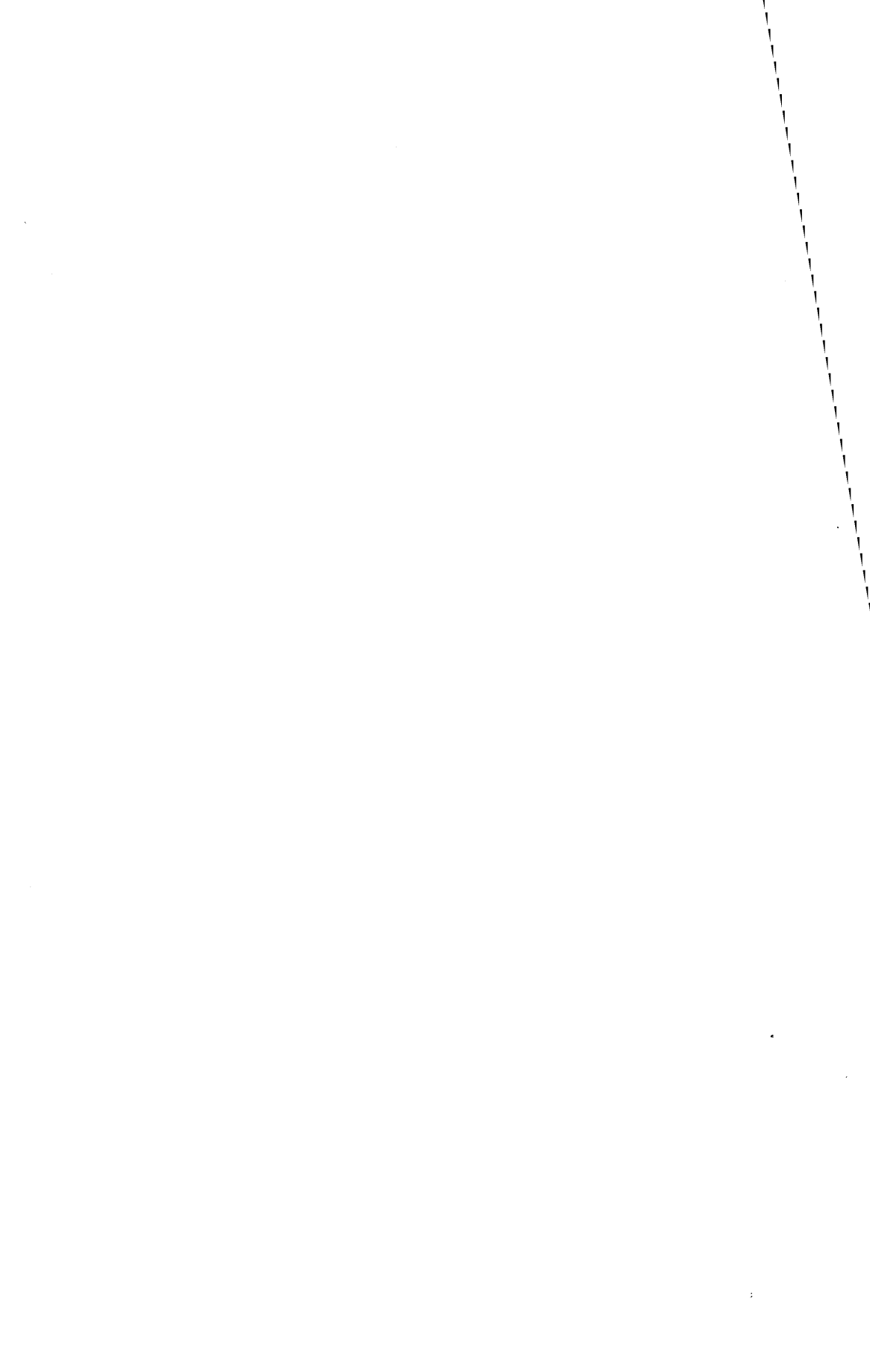
TABLE DES MATIÈRES

- Editorial
- Hommage à René DAVID

I - Droit pénal

— Lakhdar BOUMAZA, La rétroactivité « in mitius » : L'application d'un principe à valeur constitutionnelle dans la jurisprudence criminelle en matière économique

Suite page 4 de couverture.



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

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

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

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

DROIT PROSPECTIF

1991-2

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

Abréviation de référence : R. R. J.

N. XVI - 45 (16ème année - 45e numéro)
(4 Numéros par an)

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

COMITÉ DE PATRONAGE

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

-.**.*

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

Directeur honoraire de la rédaction et de la publication : M.J.-M. ZAORSKI
Fondateurs : MM. G. WOLKOWITTSCH 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 1991

Abonnement de Soutien : 500 F
Abonnement (France) : 350 F

Abonnement étranger : 400 F
Numéro (France) : 100 F

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

LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ
12, Rue Nazareth - Aix-en-Provence
Sciences Juridiques, Économiques et Sociales
Correspondant de
LA DOCUMENTATION FRANCAISE
OCDE - INSEE - ONU - UNESCO
Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

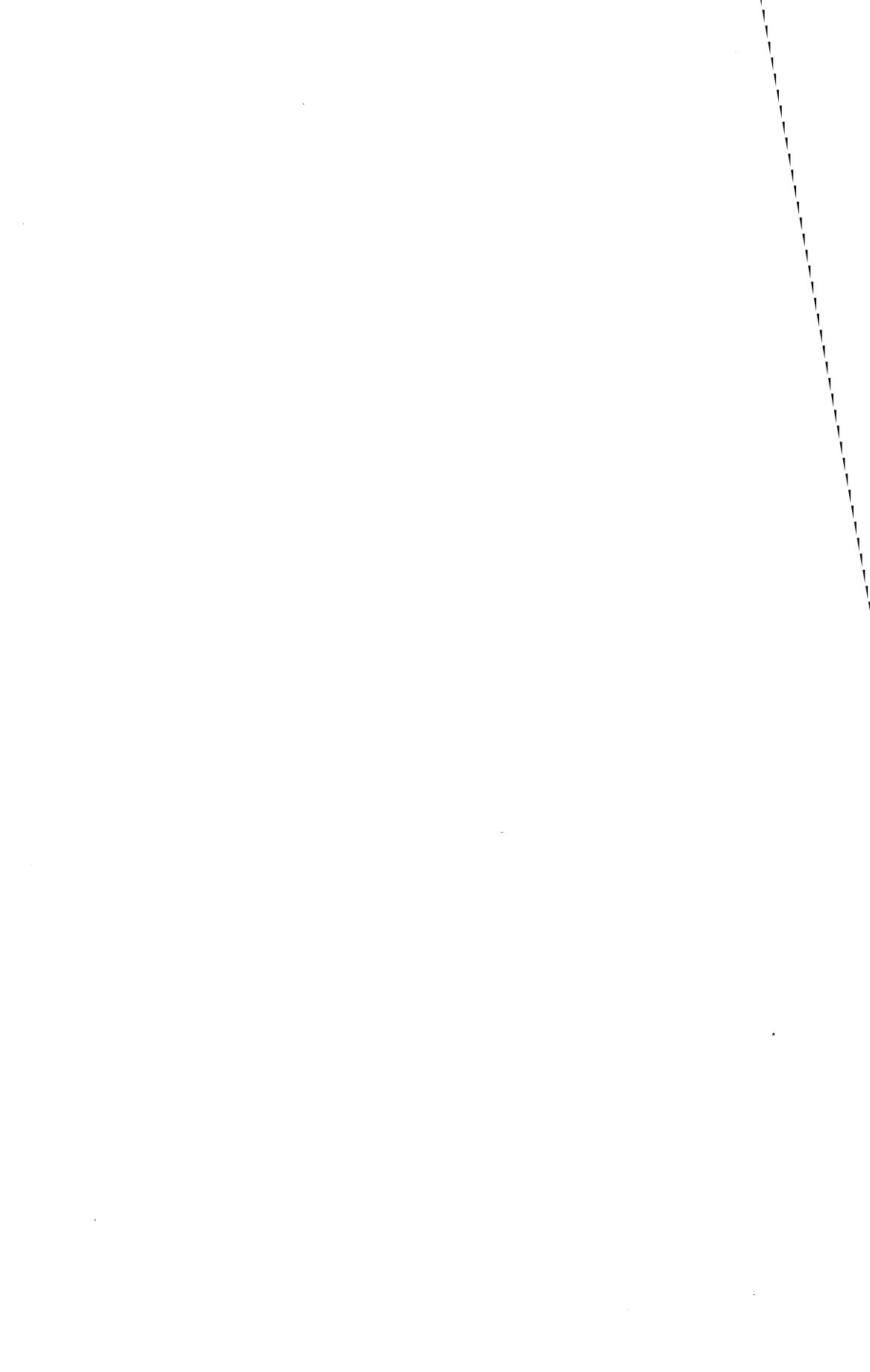


TABLE DES MATIÈRES

ÉDITORIAL 229

Hommage à René DAVID

- Roland DEBBASCH, **Un incomparable comparatiste**
Discours prononcé le 23 janvier 1991, lors de la cérémonie
de distribution des prix et de baptême de l'Amphithéâtre
René DAVID..... 303

I - DROIT PÉNAL

- Lakhdar BOUMAZA, **La rétroactivité "in mitius" :
L'application d'un principe à valeur constitutionnelle
dans la jurisprudence criminelle en matière écono-
mique**..... 313

II - DROITS DE L'HOMME ET LIBERTÉS

- Noël-Jean MAZEN, **Problèmes juridiques liés aux
applications médico-industrielles de la carte génétique
humaine** 365

III - DROIT D'AUTEUR

- Jean-Christophe GALLOUX, **Du droit de l'inven-
teur sur ses découvertes : à la recherche d'un droit
fabuleux**..... 387

IV - HISTOIRE DES IDÉES POLITIQUES ET SCIENCE POLITIQUE

- Edouard RICHARD, **Renan et l'idée républicaine**... 423

V - COMMENTAIRES D'ARRÊTS

- **Le Conseil d'Etat et l'interprétation des traités
internationaux. Une nouvelle ouverture sur le droit
international**
Note Richard GHEVONTIAN, sous Conseil d'État,
Ass. 29 juin 1990 441

- **Audiovisuel : un exemple de contrôle d'autorisa-
tion délivrée par l'organe de régulation à une chaîne
privée**
Note Alain BOYER, sous Conseil d'État, 9 mai 1990..... 453

- Les comptes d'une association gérant un service public communal, sans prérogatives de puissance publique, sont des documents administratifs communicables
Note Stéphane CAPORAL, sous Conseil d'État,
20 juillet 1990..... 469
- Une difficile mise en œuvre de la théorie des sujétions imprévues
Note Catherine MÉRENTIER, sous Conseil d'État,
5 décembre 1990 477

VI - VARIÉTÉS

- Marc BRUSCHI, Droit et sciences occultes (2ème Partie)..... 491
- Anne ENSMINGER, Hugo suicidographe : *Les Misérables*, ou la désintégration par la loi..... 531

VII - ACTUALITÉS DOCTRINALES

- "La validité des contrats en droit international privé - France-U.S.A., par Claude FERRY (Présentation par Emmanuel PUTMAN)..... 573
- "L'effectivité des droits du créancier chirographaire en droit contemporain", par Sylvie CIMAMONTI (Présentation par Emmanuel PUTMAN)..... 575

VIII - COLLOQUE

- Assises Nationales de la Recherche Juridique, Paris, les 11 et 12 avril 1991
Compte-rendu par Jean-Yves CHEROT et Norbert ROULAND 579

ÉDITORIAL

SUR LE DROIT A LA VIE...

L'avortement n'a pas fini de troubler les consciences et, par voie de conséquence, d'agiter les prétoires. Force est de constater que le législateur, à partir de 1975, a fait un cadeau empoisonné au juge en légiférant de manière aussi ambiguë, voire hypocrite sur un sujet d'éthique.

On peut se demander si en jetant aussi manifestement le trouble dans l'esprit par l'impuissance morale et conceptuelle où il a été de fixer un cadre, nonobstant toute conviction sur la question, le législateur n'a pas trahi sa mission de gérer la vie commune de la nation dans le souci du bien commun.

Quoiqu'il en soit, le législateur a donc décidé, en 1975 et 1979, de poser un principe, celui du "respect de tout être humain dès le commencement de la vie" (art. 1er). Et le Conseil constitutionnel a cru bon de conférer à ce principe valeur constitutionnelle, faisant du même coup de l'avortement non pas un droit mais une exception au principe ainsi énoncé.

On peut d'ailleurs s'interroger sur le sérieux de ce système juridique quand on constate que le principe n'est envisagé que par une seule phrase du premier article de la loi alors que tout le reste du texte est consacré à la mise en œuvre pratique de l'exception...

Mais, plus délicate encore est la question de savoir quand commence la vie... Les spécialistes poussent d'ailleurs le raffinement jusqu'à s'interroger sur la notion de "vie", de "bonne vie", de "vie véritable"... et sur la distinction qu'il serait, ou non, licite d'opérer entre l'existence d'une vie et celle d'une personne...

Or, dans ce débat, divers textes internationaux sont venus apporter leur contribution sans que les termes de celui-ci aient réellement été éclairés. Du moins ont-ils le mérite de le poser peut-être dans toute son ampleur. La Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés (art. 2-4) évoque "le droit de toute personne à la vie..." et le Pacte international sur les droits civils et politiques (art. 6) affirme que "le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi...". C'est poser dans toute son étendue la question du statut juridique de

l'embryon. C'est précisément sur ce point que le juge administratif vient de rendre, à intervalles rapprochés, deux importantes décisions.

Le Tribunal administratif de Strasbourg, dans un jugement du 17 juillet 1990 (*Époux S. c/Hôpital Notre-Dame-de-Bon-Secours*), affirme que l'avortement n'est pas un droit mais une exception "au principe constitutionnel du respect de la vie de tout être humain, y compris avant la naissance". Les juges ont donc estimé tout à la fois qu'il y a vie avant la naissance -ce qui paraît aller de soi d'ailleurs-, c'est-à-dire personne, avant la naissance. Cette double affirmation est qualifiée de principe constitutionnel. On ne peut dire que le Tribunal de Strasbourg soit allé plus loin que l'exigence posée par le Conseil constitutionnel en 1975. Celui-ci avait seulement repris les termes de la loi sur le respect de tout être humain dès le commencement de la vie, sans préciser plus avant la notion de "commencement".

Le Conseil d'État a emboîté le pas à ce courant jurisprudentiel -qui a été précédé par un fort courant doctrinal en ce sens- par deux solennelles décisions, puisque rendues par l'Assemblée du contentieux, du 21 décembre 1990 (*Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres ; et Association pour l'objection de conscience à toute participation à l'avortement, Association des médecins pour le respect de la vie*, 2 espèces). Dans ses arrêts, la Haute Assemblée a jugé tout d'abord qu'il y avait une "personne" dès le commencement de la vie. Pour le juge administratif suprême le débat est clos sur ce point : il n'y a pas dichotomie entre "vie" et "personne". La présence d'une vie n'est nullement une simple potentialité de personne, au contraire de ce qui a été parfois soutenu en doctrine, y compris par le monde médical. Ensuite, cette vie, et donc cette personne, existe avant la naissance de l'enfant, c'est-à-dire avant son expulsion hors du sein maternel. Il s'ensuit que, selon cette jurisprudence, l'embryon est une personne et a droit à la protection juridique instituée par les textes internationaux précités.

Cette position doit être saluée d'abord parce qu'elle est courageuse. Elle l'est non pas seulement par le contenu qui est le sien, mais surtout par la volonté claire qu'elle manifeste de *décider* sur un point particulièrement difficile, question disputée s'il en est. Rarement le pouvoir normatif de la jurisprudence aura été aussi clairement manifesté.

Cette position a aussi le mérite de rétablir une certaine cohérence face à la tendance à l'éclatement des règles juridiques en ce domaine. Elle a, en particulier, l'heureux effet de tenter un rapprochement progressif du droit issu de la loi de 1975, pérennisée en 1979, avec les règles et principes résultant d'une tradition, d'une culture et d'une morale bi-millénaires, dont portent la marque, par exemple, les articles 311 et 725 du Code civil.

Cette position a encore cette conséquence bénéfique qu'elle s'harmonise mieux que le silence législatif avec les plus fameuses des jurisprudences étrangères sur cette question : la jurisprudence américaine, et surtout la jurisprudence allemande.

Cependant, ce paradoxe n'étant qu'apparent, la jurisprudence ainsi dégagée -dont on voit mal comment elle pourrait n'être pas suivie par les juridictions de l'ordre judiciaire- met davantage en lumière le hiatus entre la solennité du principe constitutionnel, réaffirmé dans toute sa rigueur et dans son extension maximum, et le fait même d'une possibilité d'avortement. Ce

qui amène les juges à d'embarrassées formulations les conduisant tantôt à faire produire l'effet le plus fort possible au principe (jugement du T.A. de Strasbourg), tantôt à lever la "contradiction" par un raisonnement difficile (Arrêts du Conseil d'État) qui repose à la fois sur la compatibilité (et non sur la conformité) du système français avec les exigences du droit international et sur la prise en considération des dispositions litigieuses "dans leur ensemble"...

Mais le juge fait ce qu'il peut, dans le cadre législatif et constitutionnel que lui ont légué un législateur, des familles politiques et une tradition immémoriale emmêlés et pétris de contradictions reposant sur des systèmes philosophiques et métaphysiques radicalement opposés.

Il faut savoir saluer un résultat qui, dans d'aussi étroites et déplorables conditions, tranche avec une sorte "d'hébétude" du juriste devant les techniques médicales et de "détresse intellectuelle" devant les défis de la morale "en actes".

Jean-Claude RICCI

HOMMAGE à René DAVID

UN INCOMPARABLE COMPARATISTE

Discours prononcé le 23 janvier 1991,
lors de la cérémonie de distribution des prix et
de baptême de l'Amphithéâtre René David

Par

Roland DEBBASCH

Professeur à l'Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille

Mesdames, Mesdemoiselles, Messieurs,

Habituellement, le Professeur pressenti pour prononcer, au cours de cette cérémonie, le discours annuel en détermine lui-même le sujet. Or, voici quelques semaines, Monsieur le Doyen m'a annoncé qu'il avait choisi en même temps le thème du discours - René David - et son auteur Roland Debbasch.

Je vous laisse imaginer mon émotion. La nécessaire spécialisation a conduit à une répartition bien marquée entre le domaine des privatistes et celui des publicistes. Comment le modeste Professeur de droit public que je suis allait-il pouvoir parler du si célèbre Professeur de droit privé qu'a été René David, d'autant plus que, chose curieuse et regrettable, je ne l'ai jamais rencontré.

Et pourtant, il m'a suffi de quelques instants de réflexion pour découvrir à cette mission toutes les justifications possibles.

Connaissant l'œuvre de René David, je savais pertinemment qu'il considérait le partage du territoire juridique entre privatistes et publicistes, comme artificiel et nocif, et en tout cas entièrement dépourvu de sens pour *le comparatiste* qu'il était.

Ce constat, je le fais aujourd'hui avec mes étudiants lorsque je leur enseigne l'ensemble des Institutions juridictionnelles ou les limites de la distinction domaine public / domaine privé. Mes collègues publicistes ont d'ailleurs l'esprit très large de m'avoir accueilli parmi eux. Car, dans cet amphithéâtre, lorsque j'étais étudiant, j'ai reçu davantage de prix en droit privé qu'en droit public. Et c'est à un grand privatiste, le Professeur Pierre Kayser que j'ai, par la suite, dédié ma thèse.

Reste que je n'ai jamais rencontré René David. Il a professé dans cette maison de 1970 à sa retraite, en 1976. Je n'y suis moi-même arrivé comme étudiant que trois ans plus tard.

Et pourtant, un étrange privilège a voulu que, durant mon existence de lycéen, je fusse prévenu du déroulement de quelques grandes manifestations universitaires. C'est ainsi, qu'au début des années 70, je fus convié à venir écouter un grand conférencier qui dans l'amphithéâtre Portalis suscita l'enthousiasme de son auditoire. Avec une éloquence et une luminosité rares, il parla, je crois, de quelques expériences étrangères.

J'étais sans doute peu enclin à saisir tout l'intérêt d'un propos dont la compréhension exigeait un minimum de formation juridique. Je n'en ai pas moins retenu une chose essentielle : le nom du conférencier : René David, la présentation qui fut faite de ce savant exceptionnel et la fascination qu'il exerça sur tous. Sa science, son sourire et sa vivacité étaient de ceux qui rendent l'écoute particulièrement agréable, la transformant en un véritable échange.

On aurait tort de sous-estimer l'influence qu'un tel contact peut avoir sur un jeune esprit. C'est toute l'image d'une discipline et de ses représentants qui est ainsi transmise et presque figée : celle que l'on se projette quelques années plus tard lorsque l'on décide de s'inscrire à la Faculté de Droit parce qu'il n'y a que cela d'intéressant ou, dans une hypothèse contraire, de faire tout sauf du droit parce que les juristes seraient rebutants.

*

Modeste éclairage que ce contact lointain et fortuit. J'ai bénéficié, heureusement, de témoignages beaucoup plus autorisés. A sa retraite, René David n'avait pas souhaité que, selon la tradition, ses collègues lui apportent la marque de leur estime et de leur reconnaissance à travers ce qu'il est convenu d'appeler des "Mélanges". Sous le titre "*Les avatars d'un comparatiste*", il avait même publié des "anti-mélanges". Je les ai lus avec grand profit mais aussi avec discernement, l'auteur y avouant quelques oublis, voire même "une certaine part d'affabulation". Sans doute, juste ce qu'il fallait pour traduire dans le récit l'humour et la vivacité du personnage.

Comme l'a écrit son grand ami, le Professeur André Tunc, *René David n'aurait pas aimé un panégyrique*. Je n'oserai donc le lui infliger. Je dirai simplement combien me sont apparus riches, passionnants, fertiles en succès et, pour tout dire, incomparables, ces 84 années de la vie d'un homme qui se définissait comme "comparatiste".

N'était-il que cela, comment le savoir ? Il parlait peu de son jardin secret, de sa jeunesse apparemment heureuse avec ses parents, ses trois frères et sœurs. Il s'étendait peu sur sa famille, ses enfants et petits enfants qu'il aimait tant. Quelques courtes pages sur les 300 que comptent les "Avatars" et pourtant ô, paradoxe, il y livre des photographies empruntées à l'album de famille.

Bien qu'il se déclare incapable de parler de sa vie affective, René David ne pouvait s'empêcher de dire son amour profond et son admiration pour son épouse Hélène, qu'il avait demandée en mariage 48 heures après avoir fait sa connaissance en février 1937. Il avait alors trente et un ans. Il écrira presque un demi siècle plus tard "Sans qu'elle veuille l'admettre, car elle est pour cela trop modeste, elle a été ma force ... Ses qualités de cœur m'ont servi en toutes circonstances ; elle diffuse autour d'elle l'amour dont elle est faite. La grande chance de ma vie est de l'avoir épousée".

Peut être aussi que ce que René David appelle la *chance* était une formidable intuition, une manière de forcer les circonstances et de forger son destin. Son parcours juridique, de la première année à l'agrégation, en apporte une autre preuve éclatante.

Son baccalauréat en poche, René David s'était, sans hésitation, orienté vers le droit. Son père, Docteur en droit, administrateur judiciaire à Paris, avait un moment caressé le rêve de devenir Professeur de droit. Sa situation de famille ne l'avait pas permis et il voulait voir son fils René réaliser ce rêve. Il fut d'autant plus facile au jeune bachelier de lui être agréable qu'il pressentait aussitôt qu'il était fait pour cette carrière.

J'espère que nos étudiants aujourd'hui primés sont aussi heureux que le fut René David durant ses années de licence. Son succès y fut pour beaucoup. Une vive intelligence, un travail régulier et opiniâtre lui valurent les plus prestigieuses récompenses. Pourtant, dans une ambiance très amicale, il n'était pas le dernier à rire et s'amuser. Lorsqu'il lui arrivait, pendant un cours, de discuter avec son voisin ou sa voisine ou même de se livrer, si cela s'imposait, à quelque chahut, il ne perdait pour autant rien des propos de son Professeur. Nos étudiants le savent. Une telle attitude conduirait aujourd'hui assurément à l'échec ! Est-ce un signe des temps ou simplement la marque de l'exceptionnelle agilité d'esprit de René David ?

Cette facilité de raisonnement, il la manifesta encore pendant son Doctorat. Inscrit en Octobre 1926, à la fin de son service militaire, il commence sa thèse sur "*La protection des minorités dans les sociétés par actions*".

L'été suivant, il part à l'étranger. Il y restera plus de six mois, passés pour l'essentiel, en Autriche, à l'Institut Français de Vienne. Là, il rencontre un jeune publiciste, promis lui aussi à un bel avenir, Charles Eisenmann qui prépare sa thèse sur la Cour de Justice Constitutionnelle d'Autriche. Eisenmann lui apporte le premier élève de sa vie, Kelsen, de 25 ans son aîné, que René David aide à perfectionner son français.

A son retour, il se décide à en finir avec sa thèse. En quatre mois, il rattrape le temps perdu. Il rassemble toute la documentation. Quelques semaines encore et tout est rédigé. La thèse fait alors 40 pages. Ce n'est, hélas, pas suffisant pour l'agrégation. Pour parvenir au minimum, selon lui décent de 180 pages, il ajoute quelques développements et un cinquième chapitre prémonitoire intitulé "Droit comparé".

Cette fois, c'est la soutenance. Aussitôt après, s'ouvre le *concours d'agrégation de droit privé*. Le but de René David, alors âgé de 23 ans, est de décrocher l'admissibilité pour qu'au concours suivant, on ne lui reproche plus son trop jeune âge. Il arrive donc très détendu, souhaitant essentiellement faire acte de présence. Est-il davantage prêt qu'il ne le croit ou la chance est-elle, comme il le dira, avec lui ? Il tire constamment au sort ses sujets préférés. Son intelligence, sa maîtrise de soi, son recul éblouissent le jury. Il est reçu brillamment.

Ce succès éclatant, inouï réalise, au-delà de toute espérance, le vœu de son père qui, hélas, n'en est pas le témoin puisqu'il est mort quelques mois auparavant.

Réussir si jeune ce prestigieux concours qui a forgé des générations de juristes et révélé de si grands talents était et demeure un exploit inédit.

Comme beaucoup de collègues, René David restera très attaché à l'agrégation qui a orienté sa vie professionnelle.

Bien des années plus tard, il aura, aussi, la joie d'y voir son fils Cyrille brillamment reçu.

L'année dernière, ce concours a fait l'objet d'un dédoublement remarqué. D'aucuns craignent qu'il n'y perde cette âme que l'on se transmettait de génération en génération et, parfois même, de père en fils. J'ai même entendu parler, ici où là, d'un "vrai-faux concours". La juxtaposition de ces deux épithètes traduirait-elle, comme c'est le cas dans d'autres domaines, une certaine dérive des institutions ?

*

Mais, restons au mois de *décembre 1929*. Le monde vient de subir une rude crise. Mais l'agrégation se porte bien. René David aussi, puisqu'il fait partie des élus. Il va fêter ses 24 ans. Il ne les paraît pas du tout. Voyant ce tout jeune homme rentrer presque déconcerté dans son bureau pour choisir une affectation, le Directeur des Enseignements Supérieurs est pris d'une frayeur. Il l'imagine difficilement devant un amphithéâtre. René David convient volontiers que la chose l'inquiète quelque peu. Mais il faut choisir un poste, ce sera Grenoble.

Heureusement, grâce à l'intervention de son maître *Henri Capitant*, une solution est trouvée. René David sera mis en position de détachement pendant quelques années, le temps d'aller vieillir à l'étranger. Et Grenoble attendra donc.

Ironie de l'histoire, le grand *Gabriel Marty*, cet autre comparatiste de renom, a lui été jugé trop jeune par le jury. Il lui faudra donc mûrir en France. Et lorsqu'au concours suivant, deux ans plus tard, il triomphe, à la première place, il est, lui aussi, nommé à Grenoble. C'est plusieurs années avant René David qu'il rejoindra cette Faculté.

En effet, René David commence par passer quatre ans à Rome, à l'Institut International pour l'unification du droit privé. Il en profite pour multiplier les contacts et élargir sa culture. Il se lie d'amitié avec un collègue allemand et apprend ainsi une langue de plus. Il voyage aussi beaucoup. A Genève, il rencontre un grand juriste anglais, le Professeur Gutteridge qui l'invite à passer deux ans à Cambridge. Le détachement est donc prolongé et, en 1934, Grenoble attend toujours le jeune agrégé de 1929.

A *Cambridge*, comme il l'avait fait avec Kelsen, René David initie une personnalité à la langue française. Il s'agit de l'anglais Arnold Mc Nair qui deviendra Président de la Cour Internationale de Justice.

Il soutient surtout une thèse en doctorat de philosophie (Ph. D), option juridique. Cette étude sur "L'erreur dans les contrats en droit anglais" n'apporte, selon lui, pas grand chose de nouveau. Elle va pourtant causer une véritable révolution. René David a, en effet, découvert que l'Université de Cambridge a été créée au début du XIII^e siècle, époque où l'anglais n'était pas reconnu comme langue officielle en Angleterre. La Charte constitutive de l'Université précise que celle-ci aura deux langues : le latin, langue de l'Église et le français, langue de la Cour. Il peut donc, en 1935, soutenir sa thèse en français. Mais, du coup, tous les diplômes décernés depuis quatre cents ans à Cambridge se trouvent frappés de nullité. Il faudra modifier les statuts de

l'Université. De cette péripétie, René David conclura : "J'ai tout de même été, pendant trois mois au moins, le seul titulaire d'un diplôme valable décerné par l'Université de Cambridge".

La formation au droit anglais l'a conduit à relativiser quelque peu les principes généraux et la logique parfois abstraite du droit français.

Du point de vue politique, il avouera sa préférence pour la mentalité anglaise, démocratique, respectueuse des opinions d'autrui et dénoncera "le dogmatisme des partis politiques français" et "les formules creuses de leurs programmes".

*

Après six années passées à l'étranger, ce n'est donc plus un privatiste de 24 ans qui rejoint enfin l'Université de Grenoble mais un comparatiste de trente ans. Là, il se consacre beaucoup à ses étudiants, se fait de très nombreux amis et passe ses plus belles heures sur les pistes de ski. Mais surtout, en février 1937, se produit à Val d'Isère le coup de foudre déjà évoqué, qui le fait, selon sa propre formule, renoncer au célibat.

Deux ans plus tard, c'est *la guerre*. Il est mobilisé alors que son épouse attend leur deuxième enfant. En mai 1940, il est fait prisonnier et transféré en Allemagne. Il décide d'emblée qu'il n'y restera pas plus d'un an et prépare donc activement son évasion. Son épouse lui adresse tout le matériel nécessaire. Craignant d'être dénoncé par certains prisonniers, il déclare lui-même aux Allemands qu'il envisage une évasion. Cela devient même un sujet de plaisanterie entre eux, à tel point que pour éviter de se ridiculiser, les autorités ne font aucune perquisition dans sa chambre. Un an après son arrivée, il quitte ainsi le camp, à l'insu de tous puisque déguisé en Allemand et parlant parfaitement la langue.

De retour à Grenoble, il y reste peu de temps et gagne l'Afrique du Nord, notamment Alger. Au cours d'une mission en Corse, il décide avec son Bataillon de choc de tendre une embuscade à un groupe de huit Allemands. Ceux-ci y trouveront tous la mort. Mais René David est grièvement blessé. Il va passer plusieurs semaines à l'hôpital d'Ajaccio.

Cette *blessure*, dont il souffrira toute sa vie, va renforcer son courage, sa volonté et sa soif de vivre. Elle l'empêchera, à plusieurs reprises, d'accepter les hautes responsabilités qui lui seront proposées. Mais, il refusera toujours de s'en faire un titre de gloire, considérant en des termes d'ailleurs particulièrement crus, qu'elle était le résultat d'une initiative imprudente et inutile.

Quoi qu'il en soit, comme l'écrit le Professeur André Tunc, "René David serait désormais, pour toujours, ce petit homme souriant qui devait s'aider d'une canne, et qui transporterait toujours avec lui ce petit coussin de toile bleue qu'il gonflerait et mettrait derrière son dos avant de s'asseoir".

*

Après la Corse et Alger, c'est Londres et, enfin, *Paris* où il retrouve sa famille et dont la Faculté l'accueille à la Libération. Il y prend en charge l'enseignement du droit comparé, continuant à développer nombre de contacts internationaux qui alimentent sa réflexion. Il effectue plusieurs voyages en Amérique latine. Il avait découvert l'Amérique en 1936, juste avant son

mariage. C'est en famille qu'il va passer l'année 1950-51 à New-York, à l'Université de Columbia. En 1958, il passera un semestre à l'Université de Yale.

Il effectue de nombreuses missions en Allemagne, au Liban, en Iran, en Inde et dans l'Océan Indien, participe à d'audacieuses initiatives : création d'un comité international puis d'une Faculté internationale de droit comparé, représentation de la France à la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

Mais, surtout, de 1954 à 1958, il est chargé de rédiger *un Code civil pour l'Ethiopie*. Sa première rencontre avec l'Empereur a pourtant tout failli faire rater. Quelques heures avant, il s'est rendu compte que la jaquette protocolaire prêtée par son frère avait, dans le dos, un énorme trou. Un stoppage n'était plus possible. Mais il fut remplacé fort avantageusement par une marche arrière. Le protocole voulait en effet que le visiteur ne tourne jamais le dos à l'Empereur et se retire à reculons, en faisant des révérences. Le Code civil élaboré par René David et son équipe, promulgué en 1960, mérite en tout cas sinon une révérence du moins un vibrant hommage.

*

Fort de ses expériences internationales, René David s'est donc lancé dans *l'aventure du droit comparé*, étudiant de manière systématique les droits des pays qu'il visitait, démontrant l'extrême variété des conceptions et techniques juridiques existant dans le monde. Partant de l'exemple des pays de common law, il expose que la loi n'est pas, tant s'en faut, la seule source du droit. C'est l'Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre, parue en 1948, qui sera complétée, plus tard, par plusieurs ouvrages sur le droit anglais, dont l'un en collaboration avec notre collègue Française Grivart de Kerstrat.

René David s'attachera aussi à démontrer que le droit ne se réduit pas à un phénomène d'essence nationale. C'est, en 1950, le *Traité élémentaire de droit civil comparé*, suivi d'une étude sur le droit soviétique (1954) et d'une introduction au système juridique français (1960). Mais son ouvrage le plus célèbre restera "*Les grands systèmes de droit contemporains*". Paru en 1964 et traduit en huit langues, il connaîtra de nombreuses mises à jour, aujourd'hui assurées par Mme le Professeur Jauffret-Spinosi.

Le recours au droit comparé, "successeur dans une certaine mesure du droit romain" était, pour René David, un moyen d'améliorer le droit national, à la lumière des expériences étrangères. Il devait aussi favoriser l'unification des droits et la réalisation d'un véritable droit international, notamment en matière commerciale et grâce à l'arbitrage.

René David n'a cessé d'attirer l'attention des pouvoirs publics et des autorités judiciaires sur les ressources de ce droit comparé. Et, pour lui, tout devait commencer par l'enseignement : la création qu'il a obtenue d'un cours consacré à cette matière, la sensibilisation de tous aux apports de la comparaison et de la pluridisciplinarité. Mais aussi, le combat toujours d'actualité contre la pauvreté des bibliothèques en fonds étrangers et leur fermeture pendant les périodes de vacances universitaires.

*

Pour avoir passé l'essentiel de sa vie et de sa carrière à Paris, où il était né en 1906 et avait fait ses études, René David n'a jamais été un vrai Parisien. Durant son enfance déjà, il prenait toutes ses vacances dans le Jura, à Chaumergy, village natal de son père. Il s'y sentait un enfant du pays. Il est toujours resté attaché à ce cadre provincial et à *la terre*.

Il le prouvera encore, en 1970, en venant s'établir au Tholonet, au pied de la Sainte Victoire et en se faisant élire dans notre Faculté. Son cours sur les "Grands systèmes de droit contemporains" y connaîtra un très large succès.

Mais l'heure de la retraite sonne en 1976. René David se résigne d'autant plus volontiers à partir "cultiver son jardin" qu'il est de plus en plus préoccupé par le gigantisme des Universités. Quelques années plus tard, il décide même qu'il n'a plus rien à dire et n'écrira donc plus. Ce en quoi il se trompe doublement. D'abord, parce que nous vivons une époque où, si l'on n'a rien à dire, il faut l'écrire, le réécrire et le faire savoir. Ensuite, parce que lui, René David, a encore quelques messages à délivrer et heureusement il se ressaisira peu de temps avant sa mort.

*

Dans la dernière partie de sa carrière, René David a accumulé des *honneurs* rarement réunis chez un juriste français. Titulaire des plus hautes décorations françaises et étrangères, il a été fait Docteur honoris causa de plusieurs Universités : Edimbourg, Bruxelles, Ottawa, Bâle, Leicester, Helsinki. Il a reçu, en 1972, le prix Alciat créé par la ville de Campione pour honorer un grand juriste européen et a collaboré au lancement de l'Institut Universitaire Européen de Florence.

Il a surtout été, en 1976, le lauréat du prix Erasme, institué par le Gouvernement néerlandais, dans la ligne du prix Nobel, pour récompenser des artistes, des philosophes, des historiens, des juristes. Il partagera ce prix avec Amnesty International, succédant à des personnalités telles que Chagall, Maurice Béjart, Olivier Messiaen, Levi-Strauss, Jaspers ou même Charlie Chaplin. Ce qui fera dire à René David : "Je m'enorgueilliss d'être devenu, en quelque sorte, le charlot du droit".

Ce disant, il marquait son détachement par rapport aux honneurs dont on l'avait comblé. Mais, sans même peut-être se l'avouer, il était loin d'y être indifférent. Curieusement, c'est du droit français que René David était le plus détaché. Un homme qui ne s'était pas laissé enfermer dans un camp ne pouvait être prisonnier de quelque système que ce soit. Viscéralement attaché à *la justice*, il la recherchait toujours au-delà du droit positif et de la technique juridique.

Sa maîtrise de la science juridique n'en a jamais fait un thuriféraire du droit, une "bouche inanimée qui prononce les paroles de la loi", selon la formule de Montesquieu.

La recherche de la justice devait, dans sa conception, rester l'affaire de tous et ne pas être abandonnée aux seuls juristes, qui peuvent se tromper. Tout attendre du droit et de l'État, c'était, selon lui, renoncer à l'indispensable esprit civique.

René David avait eu l'avantage de vérifier au plan national, comme au plan international, que la vérité des uns n'est pas nécessairement celle des autres. Ce *relativisme* était aussi, chez lui, une forme d'ouverture à l'autre et de tolérance.

Il aimait à rappeler un incident survenu à Paris, en 1969, lors du centenaire de la Société de législation comparée. Invité à donner son opinion sur les limites aux possibilités de comparaison, il déclara qu'évidemment, il ne serait pas possible de comparer un évêque et un poteau télégraphique. André de Laubadère contesta alors cette assertion, faisant valoir que l'on pouvait toujours comparer deux choses du monde matériel, le poteau étant plus long ou encore plus rigide que l'évêque. En revanche, on ne pouvait pas rapprocher une chose du monde matériel et une notion du monde moral, une tomate et l'amour de Dieu par exemple. Un participant japonais réagit alors aussitôt pour dénoncer l'opposition établie par André de Laubadère. Cette dissociation entre monde matériel et monde moral l'affligeait d'autant plus que la tomate est au Japon le symbole de l'amour de Dieu et du prochain.

Curieux de tout, René David voulait toujours observer, percer. Il réussissait ce qu'il entreprenait. Et, en même temps, il le faisait avec une forme de recul et de *détachement* surprenants. S'il a, d'ailleurs, passé une partie importante de sa carrière en situation administrative de détachement, c'est précisément parce qu'il ne pouvait se laisser enfermer dans une position, dans un système. Et pourtant, il n'est pas tombé dans le piège si fréquent des esprits brillants qui se croient autorisés à imposer leur propre vérité. Le doute l'emportait trop souvent en lui.

Non matérialiste, imprégné de morale chrétienne, il ne se rattachait cependant à aucune Église. Il ne savait pas pourquoi le monde existe. Il se révoltait de le voir si fréquemment dur et injuste. Mais, courageux, il n'a jamais fléchi. Il s'est efforcé de régler sa vie comme si tout cela avait un sens, s'attachant à respecter certaines valeurs, le travail, une forme de sagesse, le souci de l'autre, le respect des engagements pris.

René David avait bien compris qu'aussi réussie soit-elle, une carrière n'est qu'un engagement parmi d'autres. C'est la vie tout entière qu'il faut ordonner et honorer : vie civique et sociale, vie familiale à laquelle il tenait si intensément. L'expérience de cette vie lui avait donné le sens des hiérarchies, de l'essentiel. Il en avait déduit que peu de choses ont vraiment de l'importance.

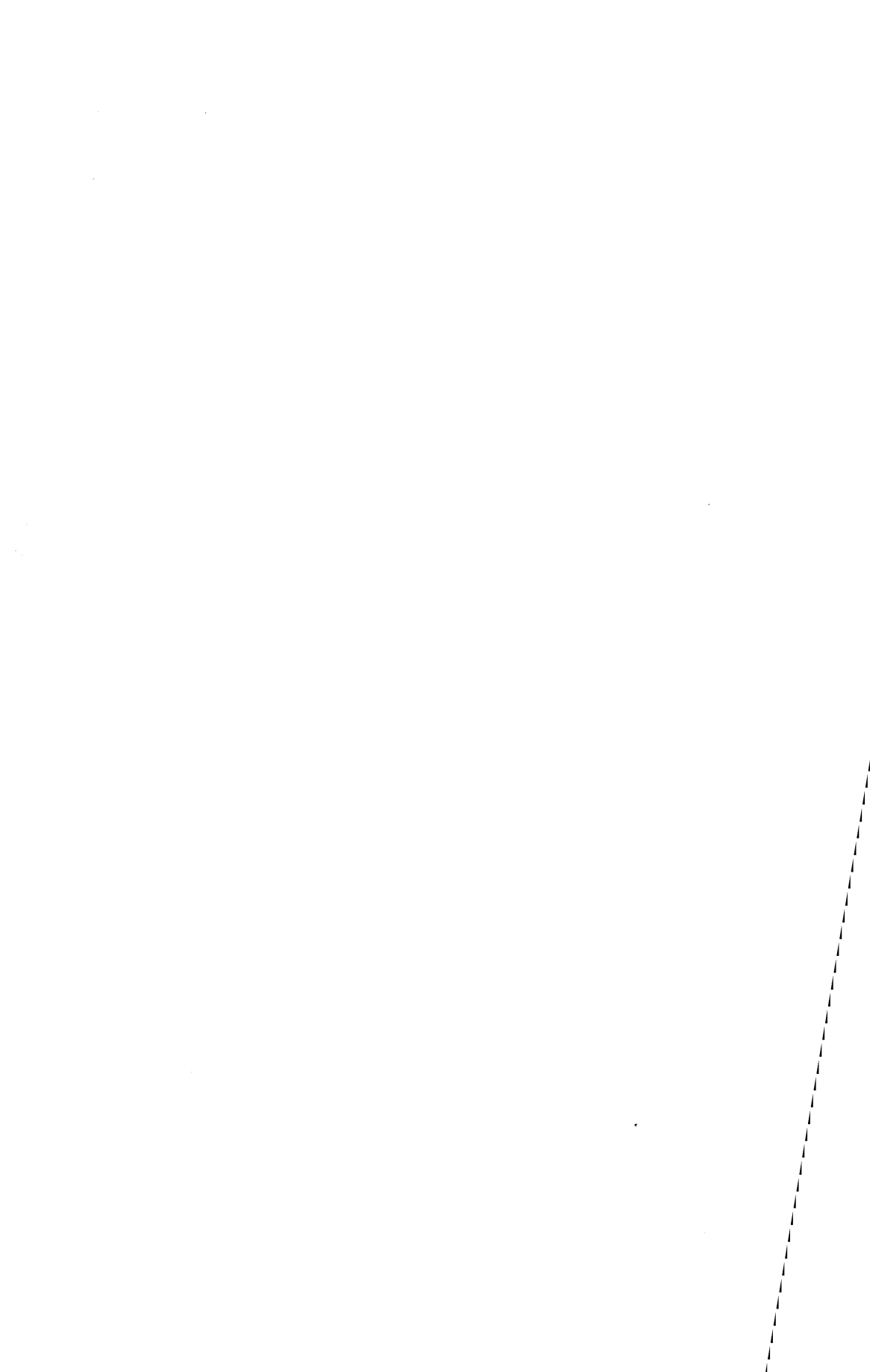
De là venait, peut-être, ce fond de tristesse que certains de ses amis ont cru déceler chez lui. De là venait aussi son désir presque systématique de tout tourner en dérision. C'était un moyen agréable d'attirer l'attention sur la vanité de certains réflexes. Lui qui maniait les mots avec tant de talent et de verve savait que l'essentiel ne passe pas par eux. Il écrira d'ailleurs "La parole est pour moi réservée aux idées, ou à la blague; aux choses qui ne me touchent pas au fond du cœur en somme".

R.R.J. 1991-2

Pages 311 à 361

- I -

DROIT PÉNAL



**LA RÉTROACTIVITÉ "IN MITIUS" :
L'APPLICATION D'UN PRINCIPE
À VALEUR CONSTITUTIONNELLE
DANS LA JURISPRUDENCE CRIMINELLE EN
MATIÈRE ÉCONOMIQUE**

Par

Lakhdar BOUMAZA
DEA de droit public interne
Chargé de Travaux Dirigés à l'Université d'Aix-Marseille III

SOMMAIRE (*)

INTRODUCTION

TITRE I - LES DEGRÉS DANS L'AFFIRMATION DU PRINCIPE DE LA RÉTROACTIVITÉ "IN MITIUS"

CHAPITRE I - Une réalité sur le plan interne

- Section I - Les données du problème à travers les conceptions doctrinales
- Section II - Un principe à valeur constitutionnelle
- Section III - Le domaine d'application
- Section IV - Un principe constitutionnel face à un législateur fort de ses compétences

CHAPITRE II - Une fiction sur le plan international

- Section I - Une subsidiarité effective du PIDCP
- Section II - L'inapplicabilité exprimée de la CEDH

TITRE II - LES DIFFICULTÉS RELATIVES A LA MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE DE LA RÉTROACTIVITÉ "IN MITIUS"

CHAPITRE I - D'un rejet de la rétroactivité "in mitius" en matière économique

- Section Préliminaire - Le contexte politique, économique et juridique
- Section I - Une jurisprudence décidée
- Section II - Une doctrine unanime sur la finalité mais partagée sur le fondement

CHAPITRE II - Vers une harmonisation de la jurisprudence criminelle

- Section I - La rétroactivité "in mitius" dans un cadre théorique
- Section II - La rétroactivité "in mitius" à travers la loi du 25.01.1985
- Section III - La rétroactivité "in mitius" à travers l'ordonnance du 1.12.1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence

CONCLUSION

(*) La seconde partie de cet article sera publiée dans le numéro 1991-3 de la Revue de la Recherche Juridique.

INTRODUCTION

A priori, le problème du conflit des lois dans le temps peut ne pas intéresser la protection des droits fondamentaux.

En réalité, il n'en est rien dans la mesure où chaque fois que l'individu est impliqué dans un mécanisme juridique complexe, le rempart des libertés fondamentales joue un rôle de "garde-fou" venant rectifier les imperfections d'un système susceptible d'entraîner des conséquences dommageables pour la personne humaine.

Le droit transitoire, omniprésent quelle que soit la discipline juridique, prend un intérêt tout particulier en matière pénale où le prévenu risque d'être privé de l'un de ses attributs essentiels pour se mouvoir dans la société, c'est-à-dire la liberté, lato sensu, physique, économique ou même morale.

Concrètement, on peut illustrer le problème de la manière suivante :

- on peut soit appliquer la loi nouvelle aux faits antérieurs à sa mise en vigueur et non encore définitivement jugés, et l'on dit couramment que la loi nouvelle rétroagit ;

- on peut soit continuer à appliquer la loi ancienne aux faits antérieurs à la loi nouvelle et non encore définitivement jugés lors de sa promulgation, il y a alors non rétroactivité de la loi nouvelle et suivie de la loi ancienne.

Dans le second cas, on parlera de la règle de la non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, et, dans le premier cas il s'agira de la rétroactivité des lois pénales plus douces, qu'on appelle plus communément la rétroactivité "in mitius" ou application de la "lex mitior".

C'est cette dernière hypothèse que nous envisagerons dans l'ensemble des développements qui vont suivre.

On ne peut comprendre la position de ce problème, d'une certaine actualité, sans un bref rappel historique.

L'idée de résoudre "in mitius" le conflit des lois pénales dans le temps ne date que du XIV^{ème} siècle, époque où Malim Branus, dans un cas d'espèce, se prononça en faveur de l'application de la loi moins sévère sous prétexte que l'expiation de la faute se plaçait sous la loi nouvelle (citée par Béraud R., "La non-rétroactivité des lois nouvelles plus douces", RSCDPC 1949, p. 8).

Cette opinion, restée isolée, fut reprise à la fin du XVI^{ème} siècle par Marianus Socinus et le célèbre Farinacius qui l'accrédita chez plusieurs jurisconsultes allemands, hollandais et français, et elle se fonda parfois dans la théorie plus générale de la rétroactivité des lois plus favorables (citée par Béraud R., RSCDPC 1949, op. cit. p. 8.).

D'origine plus récente, le principe de la rétroactivité "in mitius" ne fut pas proclamé sous la Révolution française. L'article 8 de la DDHC de 1789 ne vise que le principe de la légalité criminelle et la règle de la non-rétroactivité des lois pénales plus sévères.

Toutefois, la règle de la "lex mitior" fut exprimée, dans un avis du Conseil d'État du 29 Prairial An VIII, de la manière suivante : "il est de principe, en matière criminelle, qu'il faut toujours adopter l'opinion la plus favorable à l'humanité comme à l'innocence" (18/06/1800 ; Recueil Duvergier, p. 245).

L'absence de déclaration solennelle dans un texte constitutionnel n'a pas été un obstacle pour les juridictions criminelles qui appliquaient largement le principe, en faisant bénéficier le prévenu de la douceur de la loi pénale nouvelle.

Ainsi, la jurisprudence regarde comme un principe indiscutable, la rétroactivité "in mitius" :

- Cass. crim. 27/02 et 16/07/1812, BC n° 41 et n° 165 ;
- Cass. crim. 11/03/1942, BC n° 21 ;
- Cass. crim. 19/07/1966, BC n° 240.

Il reste que l'audace protectrice du juge pénal n'a pas été suffisante pour donner à cette règle une portée générale et absolue.

Jusqu'en 1958, l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois donnait plénitude de compétence au législateur pour refuser, à un texte nouveau plus doux, de faire produire pleinement ses conséquences rétroactives.

De plus, comme la juridiction judiciaire s'est toujours refusée à exercer un contrôle de ce type, le juge pénal se trouvait désarmé face à une volonté expressément affirmée de la part du pouvoir législatif.

On arrive à la situation où la souveraineté de la loi permet à leurs concepteurs de porter atteinte à l'un des principes les plus élémentaires et les plus protecteurs du droit criminel. Ce légicentrisme historique a été remis en cause par l'instauration, sous la Vème République, d'un contrôle de conformité des lois à la Constitution (art. 61 al. 2) assuré par le Conseil constitutionnel (Titre VII).

Ainsi donc, le système juridique français est à même de produire des normes législatives d'une "qualité supérieure" quant au fond et à la forme. La rétroactivité "in mitius" n'a pas échappé à ce schéma de contrôle et la juridiction constitutionnelle française l'a dotée de la garantie suprême (80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981 "Sécurité-liberté" ; Recueil p. 15 ; GDCC 5ème éd., n° 32, p. 432).

Concuremment au système de protection interne, il existe un tel mécanisme sur le plan international. Il en sera ainsi du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, et dans une moindre mesure de la Convention européenne des Droits de l'homme de 1950. La France les ayant ratifiés, ces deux textes internationaux se sont incorporés à notre ordonnancement juridique interne et, étant supérieur à la loi ordinaire (art. 55 de la Constitution) ils devraient l'emporter sur elle.

Malgré la coexistence de ces deux mécanismes, il apparaît que le principe de la "lex mitior" n'est pas appréhendé de la même manière dans chaque système, au point qu'on a pu parler de degré dans l'affirmation et ce, au profit de la protection interne (Titre I).

Il reste que si la rétroactivité "in mitius" a été assurée d'une reconnaissance effective en matière criminelle, elle n'en entraîne pas moins certaines difficultés lorsqu'il s'agit de l'appliquer à de nouvelles branches du droit issues du noyau dur, mais dont on peut se demander si elles appartiennent à la famille des matières pénales. C'est le cas du droit pénal économique, lato sensu, apparu au début du XXème siècle pour répondre à des nécessités répressives dues aux circonstances de crises des périodes de guerre.

A cette époque, l'hostilité des juridictions criminelles à vouloir appliquer la "lex mitior" fut une constante.

Ce n'est que tout récemment que la jurisprudence criminelle s'est alignée sur la jurisprudence constitutionnelle. Mais celle-ci ne s'est pas faite de manière symétrique. Tous ces éléments nous rappellent les difficultés relatives à la mise en œuvre du principe de la rétroactivité "in mitius" (Titre II).

TITRE I - LES DEGRÉS DANS L’AFFIRMATION DU PRINCIPE DE LA RÉTROACTIVITÉ IN MITIUS

Ici se pose le délicat problème de la coexistence de deux systèmes de protection des droits fondamentaux. L'un sur le plan interne, avec la jurisprudence constitutionnelle française. L'autre sur le plan international, représenté par la Convention européenne des Droits de l'homme et, le Pacte international des droits civils et politiques de New York de 1966.

Dans l'étude à laquelle nous allons procéder, il ressort deux propositions tendant à apporter une réponse à la question posée. D'une part, il apparaît que la jurisprudence constitutionnelle est une réalité quant au degré de protection (Chapitre I). D'autre part, la protection internationale n'est pas aussi efficace, et elle fait figure d'une véritable fiction (Chapitre II).

CHAPITRE I - UNE RÉALITÉ SUR LE PLAN INTERNE

Le conflit des lois dans le temps à toujours suscité de nombreux écrits, fruit d'une réflexion destinée à résoudre la difficile confrontation entre l'introduction de nouvelles normes juridiques et leur application temporelle.

Le droit transitoire ne se conçoit que comme un sujet dont les éléments sont indissociables et qui mérite un traitement général et global. Chaque courant de pensée abordant le problème dans son ensemble, nous y retrouverons, par conséquent des développements concernant la rétroactivité "in mitius".

Ainsi donc, nous envisagerons les données du problème à travers les conceptions doctrinales et ce, pour mieux appréhender les difficultés qui gravitent autour de cette question (Section I).

Un principe demeure lettre morte s'il n'a pas reçu une consécration suprême ayant force obligatoire envers les différents organes de l'État. S'il est vrai que traditionnellement, la jurisprudence judiciaire admet le principe de la rétroactivité en matière pénale, cela s'est avérée insuffisant. En effet, le législateur pouvait déroger à cette règle en l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois et, a fortiori à défaut de l'affirmation d'une règle ayant cette valeur.

Il a fallu attendre l'avènement de la V^e République instaurant un contrôle de conformité des lois à la Constitution, pour que le Conseil constitutionnel introduise dans l'ordre juridique français le principe de la rétroactivité "in mitius" comme ayant valeur constitutionnelle (Section II).

Toutefois, l'énonciation d'un principe demeure insuffisante, si celui-ci ne s'accompagne pas d'un ensemble de données permettant de mieux le circonscrire. Ce faisceau d'indices trouve sa source dans les différentes décisions que le Conseil constitutionnel a pu rendre, et ce, qu'il y ait un

rapport direct ou indirect avec la "lex mitior". L'ensemble de ce droit constitutionnel jurisprudentiel permettra de définir, autant que faire se peut, un domaine d'application dans lequel les pouvoirs publics constitués trouveront les éléments de réflexion nécessaire au respect et à la mise en œuvre de ce principe (Section III).

Toutefois cela ne pourra se réaliser que si le législateur est en mesure d'exercer la plénitude de ses compétences (Section IV).

SECTION I - LES DONNÉES DU PROBLÈME A TRAVERS LES CONCEPTIONS DOCTRINALES

Dans un article offert en l'honneur du Doyen J. Maury, le professeur Roubier justifiait l'intérêt des auteurs pour cette question de la manière suivante : "les théories des conflits des lois dans le temps sont traditionnellement regardées comme l'instance suprême de la science juridique, un domaine dans lequel le législateur lui-même ne se sent pas à l'aise et où il hésite à pénétrer ; la politique juridique cède le pas à la technique triomphante, qui seule peut conduire le praticien du droit au milieu d'un dédale d'argumentations et de raisonnements, où l'homme d'action s'efface devant le penseur" ("De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours", Mélanges Maury, Dalloz, Sirey, 1960, Tome III, p. 513).

Ici, la réflexion tend vers un objectif, qui est la résolution de certaines difficultés techniques liées au problème de l'intervention de normes juridiques nouvelles venant modifier l'ordonnement existant.

Mais celle-ci ne demeure pas l'unique finalité dans la mesure où il existe d'autres paramètres d'un intérêt supérieur surtout lorsque l'individu est intéressé directement de par sa personne.

Ainsi, la science juridique appliquée au droit transitoire prend une importance toute particulière lorsqu'il s'agit de lois criminelles dans le temps. C'est une manière d'affirmer que les droits fondamentaux sont partie prenante dans ce type de débat juridique où l'individu peut voir sa condition améliorée lorsqu'est en jeu la rétroactivité "in mitius". Le Droit criminel transitoire génère essentiellement deux règles visant à assurer la gestion des situations juridiques se trouvant "à cheval" entre deux textes. C'est la fonction de la sévérité ou de la douceur de ces derniers que chaque principe sera mise en œuvre et cela de manière exclusive par rapport à l'autre. Il s'agirait, d'une part, de la règle de la non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, et, d'autre part de l'application rétroactive des lois pénales plus douces.

Toutefois, l'exclusivité dans l'application ne se retrouve pas dans les explications doctrinales des différents auteurs qui ont abordé la question. Ceux-ci appréhendent le sujet du conflit de lois dans le temps comme un ensemble homogène mais dont les éléments sont appréciés de manières différentes, en donnant à chacun une portée et une importance plus ou moins grande.

Ainsi, le courant classique fait de l'application non-rétroactive le principe et place la rétroactivité dans une situation d'exception (I). Par contre, le courant dit "moderne" opte pour une autre conception en faisant de l'application immédiate de la loi nouvelle un principe et, de la non-rétroactivité, une exception (II).

I - La conception classique

Pendant tout le XIX^{ème} siècle, on pose comme principe que la loi en vigueur au jour où l'infraction a été commise, demeure normalement compétente exclusivement. Il ne peut y avoir d'exception qu'au cas où la loi en vigueur au jour du jugement est moins sévère, soit qu'elle supprime l'incrimination, soit qu'elle modère les pénalités applicables.

La plupart des criminalistes classiques voient la compétence de principe de la loi pénale en vigueur au moment de l'infraction, comme une conséquence directe du principe de non rétroactivité fondée sur l'article 2 du Code civil qui précise que "la loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif" (Chauveau et Helie, "Théorie du Code pénal", 6^o éd., Villey 1887, tome 1, n^o 22).

Une telle théorie peut se justifier. Sur le plan des libertés fondamentales il s'agira d'assurer la sécurité et la liberté des citoyens contre les surprises d'une législation qu'ils n'ont pas pu prévoir (Merle et Vitu, *Traité de Droit criminel*, 6^o éd., Cujas 1989, tome 1, n^o 243). La protection des droits se caractérise par l'information que peuvent avoir les individus sur les législations criminelles qui, si elles avaient existées, auraient peut-être modifié leur comportement dans la société.

Une autre justification peut être retenue, et qui est en relation avec la théorie des "droits acquis" selon laquelle une application rétroactive de la loi nouvelle plus sévère lèserait le droit acquis qu'a le délinquant, à l'encontre de la société, à ne pas voir sa condition devenir pire par l'effet de cette loi (Ortolan "Éléments de droit pénal", 5^o éd. 1886, n^o 586).

Cette conception trouve en droit pénal un certain terrain d'élection dans la mesure où la situation juridique du délinquant est entièrement constituée du jour de l'infraction ; le jugement se contentant d'être d'une part, déclaratif, c'est-à-dire de constater le délit et, d'autre part, impératif par le prononcé d'une sanction (Levasseur A., "Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps", *Mélanges Constant*, Sirey 1972, p. 192).

Une telle solution se comprend aisément dès lors que l'infraction entraîne toute une série importante de conséquences juridiques : du jour de la commission, elle fait courir le délai de prescription de l'action publique, elle sert de base à l'inculpation, elle peut voir son caractère délictueux disparaître par l'effet d'une loi d'amnistie ; c'est au jour de l'infraction qu'on apprécie la démence ou la minorité du délinquant et, qu'on se place pour savoir si un sursis antérieur est révoqué ou non.

Dès que l'infraction est accomplie, apparaît tout le cadre pénal de la condamnation future, le jugement n'intervient pas pour créer les éléments composants de la condamnation, mais seulement pour vérifier leur existence et ordonner que leurs pleines conséquences juridiques, jusqu'alors inefficaces, se produisent dans l'avenir (Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, op. cit., n^o 244 § 3).

Il reste que si la rétroactivité "in mitius" demeure une mesure d'application exceptionnelle dans le cadre de cette théorie, celle-ci n'est pas exempte de toute critique.

En effet, comme nous le verrons dans les développements qui vont suivre, depuis la décision du Conseil constitutionnel des 19 et 20 janvier

1981 faisant de la "lex mitior" un principe à valeur constitutionnelle à part entière, il est difficile de vouloir maintenir une hiérarchie. On rencontrera une problématique différente lorsque des courants de pensées plus récents ont tenté d'approfondir scientifiquement la matière des conflits de lois dans le temps.

II - La conception moderne

Dès la première moitié du XIX^{ème} siècle un premier mouvement de pensée adopta une position inverse de celle qui vient d'être exposée.

En France, c'est Émile Garçon qui le premier affirma que la loi pénale nouvelle doit en principe s'appliquer immédiatement, sous la réserve du maintien en vigueur de la loi ancienne plus douce ("Code pénal annoté", Sirey 1952, commentaire de l'article 4, p. 35). La justification essentielle d'un tel raisonnement tient au fait que la loi nouvelle est présumée supérieure à l'ancienne. Mais, il faut cependant exclure de l'application immédiate les lois nouvelles plus sévères, sinon on violerait le principe de légalité criminelle, protecteur des libertés individuelles (Garçon, "Code pénal annoté", op. cit., p. 35).

L'approche contemporaine a été étayée par le doyen Roubier dans son ouvrage consacré au droit transitoire (Éd. Dalloz-Sirey, 1960). Celle-ci est fondée sur la notion de situation juridique née de la commission de l'infraction et définitivement cristallisée par le jugement définitif de condamnation considéré dès lors, comme constitutif (Roubier, "Droit transitoire", op. cit., p. 443).

Autrement dit, la loi nouvelle doit en principe appréhender toute situation juridique en cours et s'appliquer ainsi à toute infraction non encore définitivement jugés lors de sa survenance ; et le concept de situation juridique permet dans cette analyse de considérer qu'il y a nullement rétroactivité mais application immédiatement (ibid). Une telle analyse mérite quelques remarques. Sur le plan de la technique juridique, il paraît difficile de voir dans le jugement de condamnation une décision constitutive dans la mesure où l'infraction demeure l'élément déterminant de cette situation juridique.

Plus exactement, la décision répressive apparaît comme indicative ou déclarative car elle constate l'infraction, et impérative en tant qu'elle libère la condamnation latente de ses entraves, et permet d'appliquer au délinquant la sanction qu'appelle son infraction (Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 244, § 3).

Concernant la protection des droits des individus la conception nouvelle ne prend pas en compte le contenu des dispositions de l'article 4 du Code pénal et de l'article 8 de la DDHC de 1789 qui érige en principe la règle de la non rétroactivité. Alors que, habituellement, elle est reléguée au rang de simple exception. Cette doctrine n'est pas en harmonie avec le droit positif depuis que le Conseil constitutionnel a consacré, dans une décision du 9/01/1980 (Rec. p. 29), le principe de non rétroactivité des lois pénales plus sévères, comme ayant valeur constitutionnelle.

En ce qui concerne la règle de la "lex mitior", elle ne figure pas en tant que telle dans les développements doctrinaux, elle n'est qu'une manifestation du principe de l'application immédiate des lois pénales. La "situation juridique" paralyse le développement de la rétroactivité "in mitius"

en tant que principe, lui empêchant ainsi de produire toutes ses potentialités protectrices. L'affirmation du principe constitutionnel de la rétroactivité des lois pénales plus douces vient confirmer la critique adressée à cette théorie moderne. Si elle est séduisante pour l'esprit, elle ne rend plus compte, dans son approche scientifique, de l'évolution du droit en vigueur qui bien souvent n'enregistre pas de telles conceptions. De plus, comme le remarque le professeur Rassat, c'est parce qu'elle rattache le droit répressif à une solution globale de tous les problèmes de droit transitoire, qu'elle ne peut cependant être retenue précisément car elle nie le particularisme du droit répressif à la fois dans l'esprit et la technique ("Droit pénal général", P.U.F./Droit Fondamental 1987, op. cit., p. 180, n° 139).

Une autre observation peut être faite tendant à démontrer que les auteurs contemporains ne se sont pas suffisamment référés au cadre sociologique et normatif dans lequel un texte a été adopté. Le problème de l'application de la loi dans le temps concerne en réalité les normes juridiques générales qu'édicte le législateur, plus que les lois elles-mêmes, lesquelles sont le plus souvent, soit des ensembles, soit des parties seulement de normes juridiques générales (L. Bach, "Contribution à l'étude de la rétroactivité des lois", Mélanges K.H. Neumayer, Verlags Geselleschaft, Baden-Baden 1986, p. 50).

En réalité, la loi ne détermine de situations juridiques au profit ou à l'encontre de certaines personnes. La loi pénale, de par sa généralité et sa spécificité, n'a pas cette fonction première. Bien au contraire, elle est une règle de conduite humaine, s'exprimant par une ou plusieurs normes générales, lesquelles autorisent, enjoignent ou prohibent certaines conduites, certains actes, et s'efforcent de faire respecter la prescription de conduite établie en instituant une sanction (L. Bach, op. cit., p. 50). Tenant compte de ces considérations, la question du conflit de lois dans le temps prendrait un contenu d'une toute autre nature.

Si les explications doctrinales ne manquent pas d'intérêt pour rendre compte de l'ensemble des problèmes du droit transitoire. On remarque ainsi qu'elles aboutissent toutes aux mêmes résultats, c'est-à-dire à qu'on écarte la rétroactivité des lois nouvelles plus sévères, et, qu'on admet l'application immédiate du texte nouveau plus doux. Il est regrettable que la matière pénale n'ait pas fait l'objet d'un traitement particulier, compte tenu de la spécificité des situations qu'elle est amenée à gérer, et eu égard aux conséquences que cela peut entraîner sur la liberté des individus.

Une remise en cause de ces théories est rendue nécessaire pour tenir compte de nouveaux paramètres de références. Désormais, la question du conflit des lois dans le temps a subi une constitutionnalisation lui donnant une nouvelle structure.

C'est ce que nous nous proposons d'étudier plus particulièrement en matière de rétroactivité "in mitius".

SECTION II - UN PRINCIPE A VALEUR CONSTITUTIONNELLE

Si l'on recherche, dans l'ensemble des textes de droit constitutionnel français, les dispositions relatives à l'application des lois dans le temps, on s'aperçoit qu'il n'est pas besoin de s'étendre longuement sur la question. Seul l'article 8 de la DDHC de 1789 envisage la problématique, mais encore de manière incomplète. Ce dernier met en œuvre uniquement le principe de la non rétroactivité des lois pénales plus sévères, en disposant que : "Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée". La reconnaissance de cette règle comme ayant valeur constitutionnelle, n'enlevait rien au problème dans la mesure où le principe traditionnel, communément admis de la *lex mitior*, fut ignoré pendant longtemps. A un point tel, que le silence du Conseil constitutionnel, corollaire de l'inertie des autorités compétentes pour déclencher sa saisine, n'était pas interprété comme une prime en faveur de la protection des droits fondamentaux.

Pourtant, on ne voit pas la différence qu'il peut y avoir dans le degré de garantie entre le principe de non rétroactivité des lois pénales plus sévères, ayant valeur constitutionnelle, et, la rétroactivité des lois pénales plus douces dont les vertus bénéfiques ne sont l'objet d'aucune controverse, mais qui n'a pas été reconnue en tant que tel au niveau supérieur.

La seule objection que l'on pourrait nous opposer trouve son origine dans l'absence de référence textuelle concernant la rétroactivité "in mitius".

Néanmoins, la Haute juridiction lui a reconnue, en s'appuyant sur l'article 8 de la DDHC de 1789, une valeur constitutionnelle et, faisant de cette reconnaissance une décision de principe (I). Toutefois, une jurisprudence antérieure, laissait présager que le Conseil constitutionnel allait, tôt ou tard, aborder la question de manière étroite (II). Si la décision concernant la "lex mitior" est un pas en avant en faveur de la protection des libertés fondamentales, elle n'en a pas moins suscité de vives critiques de la part de la doctrine (III).

I - Une décision de principe

La loi "Sécurité-Liberté" a donné lieu à l'une des plus longues décisions jamais rendues par le Conseil constitutionnel (127 DC. des 19 et 20 janvier 1981, Rec. p. 15). Cette circonstance tient au nombre de moyens soulevés par les parlementaires, auteurs de trois saisines dont ce texte a fait l'objet.

Elle tient surtout au nombre et à l'importance des principes mis en jeu par les cent articles de la loi, donnant ainsi l'occasion à la Haute instance de poursuivre le développement de son contrôle de constitutionnalité des dispositions de procédure pénale et de droit pénal.

Globalement, il s'agissait d'une loi destinée à lutter contre le développement de la violence, mais aussi d'un texte de circonstance destiné à la veille d'une échéance électorale, à montrer à l'opinion que les pouvoirs publics se préoccupaient de la montée du sentiment d'insécurité ressenti par de nombreux français, notamment dans les grandes villes.

Selon le Garde des Sceaux, cette réforme du droit pénal avait un double objectif : renforcer la sécurité, tout en sauvegardant la liberté. Elle

instaurait en quelque sorte un "habeas corpus à la française". Toutefois, ce projet fut mal accueilli par certains parlementaires, pour qui certaines dispositions portaient atteinte à des principes fondamentaux de notre droit et, constituaient un réel danger pour la liberté individuelle (pour des développements plus complets sur les motivations politiques et juridiques du projet de loi : GDCC Favoreu et Philip, 5^e éd., Sirey 1989, p. 439 et s.).

C'est dans ces conditions que le Conseil constitutionnel a été saisi, le 20/12/1980, du projet de loi qui venait d'être adopté par le Parlement. La plupart des critiques, visaient surtout la nouvelle procédure de la saisine directe, les contrôles d'identité, l'atteinte au principe de la personnalisation des peines et le délit d'audience.

De plus, le législateur avait prévu dans le texte des dispositions transitoires, ainsi rédigé en son alinéa deux de l'article 100 : "les dispositions de l'article 265 à 268, 305, 306, 309 à 312, 381 à 385, 400 (alinéas 1 et 2), 434 à 437 du nouveau code pénal, et l'article 16 de la loi du 16.07.1845 sur la police des chemins de fer ne sont pas applicables aux infractions ayant donné lieu à un jugement sur le fond en dernier ressort avant l'entrée en vigueur de la présente loi

Par conséquent, il était institué une dérogation en décidant que l'application des dispositions nouvelles plus douces serait exclue quand une condamnation a été prononcée par un jugement rendu en dernier ressort avant leur entrée en vigueur. La loi nouvelle devait donc être appliquée aux instances en cours devant les tribunaux du premier degré et les cours d'appel. Ces dispositions transitoires furent l'objet d'une contestation de la part des parlementaires dont le Conseil Constitutionnel devait en examiner la conformité au "bloc de constitutionnalité" (L. Favoreu "Le principe de constitutionnalité : essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel" Mélanges C. Eisenmann, Cujas 1975, p. 33).

Le juge constitutionnel français a fait droit à la requête, en estimant :

- "que ces dispositions tendant à limiter les effets de la règle selon laquelle la loi pénale nouvelle doit, lorsqu'elle prononce des peines moins sévères que la loi ancienne, s'appliquer aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée ;
- que, dès lors elles doivent être regardées comme contraire au principe formulé par l'article 8 de la DDHC de 1789 selon lequel "la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires" ;
- qu'en effet, le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne, la loi pénale nouvelle, plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires; que dès lors le deuxième alinéa de l'article 100 de la loi soumise à l'examen du Conseil Constitutionnel est contraire à la Constitution".

Ainsi donc, le juge constitutionnel reconnaît à la rétroactivité "in mitius" pleine valeur constitutionnelle au même titre que le principe de la non rétroactivité des lois pénales plus sévères. Ce nouveau principe fondamental est investi en quelque sorte d'une "autonomie" (A. Dekeuwer, note sous la décision 80.127 DC, Dalloz 1982 J. p. 442).

Il reste que la longueur du considérant de principe est porteur de nombreux enseignements dont il s'agit désormais d'analyser les potentialités.

En s'attachant à examiner les effets des dispositions transitoires et, si elles n'avaient pas fait l'objet d'une annulation, cela aurait abouti à exclure tous les pourvois en cassation fondés sur l'application de la loi nouvelle.

Une telle solution n'est pas conforme avec une jurisprudence constante de la Cour de Cassation qui admet depuis fort longtemps l'application de la loi nouvelle, même aux affaires pendantes devant elle (Cass crim. 13.10.1970, BC n° 263). Le juge de cassation n'hésite pas à censurer les décisions des juges du fond qui contreviendraient à cette règle (Cass crim. 4.02.1981, BC n° 48).

Cette attitude se justifie par la bienveillance accordée au délinquant et pour remédier à l'iniquité qu'entraînerait pour le prévenu un jugement trop rapide (Merle et Vitu, "Traité de Droit criminel" op. cit. p. 338, n° 248).

Il reste que le Conseil Constitutionnel, en adoptant cette position, constitutionnalise une pratique ancienne de la juridiction judiciaire, que seul le législateur pouvait écarter dans le dispositif d'un texte. On notera, néanmoins, que le juge pénal n'a pas attendu l'intervention d'une juridiction constitutionnelle pour se montrer protecteur des droits et libertés des individus. Toutefois, sa situation est quelque peu précaire compte tenu des éventuelles interventions législatives.

S'il est vrai que le juge de droit commun n'est pas juge de la conformité des lois, il n'en demeure pas moins qu'il y aurait vice d'inconstitutionnalité à décider, dans une loi, que les dispositions nouvelles plus douces qu'elle édicte ne s'appliqueront pas en cause de cassation (ibid. n° 248).

Ainsi, la jurisprudence constitutionnelle demeure le complément indispensable aux juges ordinaires, pour donner aux décisions de ce dernier le sceau de la solennité et de la force obligatoire qui lui manquait.

On observera ensuite, que le Conseil Constitutionnel a fondé sa décision sur l'article 8 de la DDHC selon lequel "la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires" (§ 75). Par ce biais, cela permet de combler l'absence de rattachement textuel. Mais dès lors, que cet article ne prévoyait pas lui-même de dispositions concernant la rétroactivité "in mitius", c'est au caractère strictement et évidemment nécessaire de la peine que le juge constitutionnel fait référence.

Ce faisant, il donne au législateur une marge d'appréciation non négligeable à propos de laquelle, on le sait, le juge constitutionnel français ne peut apprécier l'opportunité, sous réserve de ne pas adopter une disposition manifestement contraire aux principes posés par l'article 8 de la DDHC (§ 11-12 et 13, 127 DC précitée).

La Haute juridiction a eu néanmoins une interprétation extensive de cette dernière. En effet, une peine plus douce ou plus sévère s'apprécie en tout premier lieu par son caractère nécessaire à une époque donnée et pour une structure sociale donnée. Par conséquent, on se trouvera face à une nécessité à deux vitesses mais d'une égale valeur.

D'une part, lorsqu'on se trouve en présence d'une pénalité plus douce, dont l'application aura des effets dans le passé et l'avenir. D'autre part, l'existence d'une peine plus sévère ne pourra avoir d'effet rétroactif et ne disposera que pour l'avenir.

Mais le juge n'en contrôle le contenu que de manière réduite. Il est confronté au problème des politiques criminelles qui fait partie des choix de société pour lesquels seul le législateur est à même d'en fixer les grandes orientations.

Par contre, pour pallier ce désengagement dans le contrôle, il s'assurera que le contenu s'appliquera à tout le monde lorsqu'il est plus doux. Une compensation qui va dans le sens d'une meilleure protection des droits du prévenu et ce, en augmentant le nombre des bénéficiaires de cette faveur pénale.

Le Conseil Constitutionnel "force" la main au législateur en lui imposant de n'écarter personne du débat transitoire lorsqu'il aborde la question de la nécessité des peines nouvelles plus douces.

L'adoption de ces dernières anéantit l'existence des précédentes en vigueur au moment des faits. Implicitement, le législateur a entendu systématiquement ne plus tenir compte de celles qui avaient été envisagées dans un contexte social spécifique. Il y a désormais, un double degré de rétroactivité dans le temps et dans le contenu, mais qui sont indissociables.

Cette conception oblige ainsi le législateur à porter une appréciation unique sur la nécessité des peines qu'il édicte, sans pouvoir distinguer la sanction des infractions futures de celles des infractions commises avant l'entrée en vigueur de la loi (de Gournay, "Le Conseil Constitutionnel et la loi Sécurité-Liberté" AJDA 1981, Doctrine p. 284).

Toutefois, on peut se demander si cette décision de principe n'était pas en quelque sorte annoncée.

II - Une décision annoncée

Elle tient à l'interprétation que l'on peut faire à propos d'une décision du Conseil constitutionnel rendue quelques mois auparavant.

En l'espèce, il s'agissait de la décision 79.109DC du 9.01.1980 (Rec. p. 29) relative à la loi sur la prévention de l'immigration clandestine et portant, d'une part modification de l'ordonnance n° 45.2658 du 2.11.1945 concernant les conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et d'autre part, création de l'office national de l'immigration. Plus précisément, les auteurs de la saisine contestaient la constitutionnalité du dispositif de certaines dispositions du texte ayant une portée rétroactive. Les requérants faisaient valoir qu'en prévoyant que la loi s'appliquerait aux étrangers en France à partir du 1.07.1979, le législateur avait créé des "sanctions rétroactives", et ce, en violation de l'article 8 de la DDHC. Mais comme, le signale le Doyen Favoreu, il n'y avait pas véritablement rétroactivité, mais plutôt effet immédiat des dispositions législatives (RDP 1980 observations p. 1636).

La Haute juridiction va motiver son refus d'accueillir le moyen, de telle manière qu'elle va consacrer clairement la valeur constitutionnelle du principe de la non rétroactivité des lois pénales nouvelles plus sévères, en s'appuyant sur la DDH : " considérant que les dispositions ... qui se bornent à assurer un avantage nouveau ou une garantie particulière de procédure à certaines catégories d'étrangers, ne sont pas des mesures pénales et ne contreviennent pas à l'article 8 de la DDHC de 1789".

A vrai dire, si la consécration constitutionnelle de la règle de la non rétroactivité demeure l'élément central de la décision, la rédaction du considérant de principe n'en soulève pas moins quelques questions d'interprétations.

Dans une première analyse a contrario, on pourrait considérer que le législateur peut émettre des règles pénales rétroactives dont le caractère favorable ou plus doux ne fait aucun doute. Mais, en affinant le raisonnement, on s'aperçoit que la solution n'est pas évidente, surtout lorsqu'on se réfère à l'incidente employée par le Conseil constitutionnel : "qui se bornent à assurer un avantage nouveau ou une garantie particulière de procédure".

A cet égard, nous reprendrons les observations du Doyen Favreau qui gère la difficulté de la manière suivante. D'une part, on peut se demander s'il ne s'agit pas de mesures pénales parce que ces dispositions assurent un avantage nouveau ou une garantie nouvelle ; mais ceci n'a pas de sens (ibid. p. 1637). D'autre part, on peut alors se demander si le Conseil n'a pas voulu dire que les mesures pénales créant un régime plus favorable peuvent être rétroactives ; mais cela n'a pas non plus de sens, car il est bien précisé qu'il ne s'agit pas de mesures pénales (ibid. p. 1637).

Reste alors à proposer que la virgule aurait dû être remplacée par la conjonction "et", et que l'on devrait dire "qui se bornent à assurer ... certaines catégories d'étrangers et ne sont pas relatives à des mesures pénales" (ibid. p. 1637).

La démonstration est pleinement satisfaisante et l'on préférera s'arrêter à une erreur de rédaction du Conseil constitutionnel, permettant ainsi à cette interprétation a contrario une force obligatoire dont le prévenu pourra en tirer une meilleure protection. D'autant que la formulation initiale ne contente pas le juriste averti, qui n'y trouvera aucune explication convaincante pour l'esprit.

Il reste que la décision commentée est intéressante pour l'étude nous concernant en ce qu'elle fait référence à la notion "d'avantage nouveau". Nous écarterons le problème de la "garantie particulière de procédure", traité de manière distincte par le Conseil constitutionnel dont l'application ne soulève pas de difficultés majeures.

Par l'étendue de la notion, le juge constitutionnel encadre le législateur en lui refusant d'écarter du débat politique et juridique, certaines dispositions favorables dont la protection des droits fondamentaux de l'individu en est la finalité principale. Une telle interprétation est possible compte tenu de la généralité du vocable employé par la Haute juridiction.

Toutefois, trois conditions cumulatives sont nécessaires pour que l'on puisse admettre le caractère rétroactif d'un texte législatif. D'une part, et c'est la condition essentielle, il faut que l'on se trouve en présence d'un texte de nature pénale. D'autre part, s'ajoute le fait que l'avantage, dont va bénéficier la personne concernée, doit lui apporter un traitement plus favorable par rapport au texte précédent. Enfin, la nouveauté de l'avantage doit être marquée de manière tranchée par une différence que le texte nouveau vient apporter.

Il reste que si une similitude apparaît entre les deux textes, nonobstant son caractère pénal, la distinction sera difficile à opérer. Et ceci va se répercuter sur la notion d'avantage qui n'en sera plus un, car il existait auparavant.

On pourra considérer que sera plus douce une loi qui substitue un délit à un crime, ou une contravention à un délit, qui supprime une circonstance aggravante ou qui donne un effet moins sévère à des circonstances aggravantes déjà connues (pour une liste plus complète : Merle et Vitu, *Traité de Droit criminel*, op. cit. p. 331-332, n° 248).

Aux termes de ces quelques développements, il apparaît que la décision sus analysée est révélatrice d'un "embryon" de constitutionnalisation de la règle de la "lex mitior". La référence à l'article 8 de la DDH n'est pas innocente. Et si la lettre de cette disposition concerne la règle de la non rétroactivité des lois pénales plus sévères, dans son esprit, elle n'en révèle pas moins celui de la rétroactivité *in mitius*. Reste que la décision "Sécurité - Liberté" a fait l'objet d'une vive critique de la part de la doctrine.

III - Une décision critiquée

La décision rendue par le Conseil constitutionnel n'a pas été accueillie avec l'enthousiasme auquel on aurait pu s'attendre.

En fondant sa solution sur l'exigence constitutionnelle de la nécessité des peines contenues dans l'article 8 de la DDHC, la Haute juridiction a encouru un certain nombre de critiques. Plus particulièrement, celle provenant d'un auteur qui s'est attaché uniquement à examiner le principe de la *lex mitior* tel qu'il a été consacré par le Conseil constitutionnel (A. Dekeuwer, Note sous la décision "Sécurité - Liberté" Dalloz 1982 J p. 441).

Plusieurs reproches lui furent adressés, notamment sur le fondement choisi par le juge constitutionnel. Nous les envisagerons de manière à s'assurer de leur pertinence, et si elles peuvent faire elles-mêmes l'objet d'une remarque.

A) La rétroactivité "in mitius" et la nécessité des peines

D'une part, il est fait grief à la décision de s'être référée à l'article 8 de la DDH qui selon A. Dekeuwer est un rapprochement hasardeux, dans la mesure où certaines parties de la DDHC et du préambule de la Constitution de 1958, contiennent des expressions aussi généreuses que peu précises. Et la notion des "peines strictement et évidemment nécessaires" est de celle-là (Dalloz 1982 op. cit. p. 442). Sa définition dépend de l'appréciation législative, et, finalement, de ce que veut en faire la volonté politique d'un pays à un moment donné (ibid. p. 442).

Pour cet auteur, il apparaît que la référence à une disposition dans laquelle le législateur dispose d'une grande marge d'appréciation n'est pas souhaitable. S'il est vrai que le pouvoir d'appréciation du législateur en cette matière n'est pas contestable, il faut remarquer que celui-ci n'est pas absolu, et ce pour éviter au législateur de pouvoir tout faire. L'introduction, puis le perfectionnement du contrôle de constitutionnalité des lois est là pour nous le démontrer, nonobstant le fait qu'il ne lui est pas conféré un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, non plus celui de se substituer sa propre appréciation à celle du législateur.

C'est pour cela que nous rejetons une telle critique car elle n'est plus d'actualité compte tenu du développement de plus en plus important de la jurisprudence constitutionnelle. Celle-ci sert de rempart contre un pouvoir législatif trop entreprenant en direction des droits fondamentaux. La dimension constitutionnelle n'est plus à écarter du débat politique dans la mesure où il est de plus en plus juridicisé (L. Favoreu, "La politique saisie par le droit", *Économica* 1988).

De plus, le mouvement s'amplifie vers les différentes branches du droit, où la matière criminelle connaît un sort particulier, car il arrivera que la personne humaine soit concernée, au premier chef, dans son intégrité physique.

Il est à regretter que l'auteur n'ait pas enregistré ce nouveau paramètre en commentant cette décision du Conseil.

Au contraire, pour le Doyen Favoreu, la motivation de la décision ne manque pas de force et de pertinence, qui plus est, elle présente l'avantage (sans doute moins évident aux yeux des pénalistes) de fonder la décision du Conseil Constitutionnel sur un texte (art. 8 DDHC de 1789) ("La Constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale" ; Mélanges Vitu, Cujas 1989 p. 169).

B) Un contrôle réservé

A la première critique déjà envisagée, se conjugue le fait que le contrôle du Conseil Constitutionnel semble le plus souvent timide et prudent, et paraît vouloir limiter sa censure aux décisions manifestement contraires (§ 13) aux principes vaguement énoncés dans le texte constitutionnel, comme si à l'évidence de la contradiction pouvait pallier l'imprécision de l'un de ces termes ! (A. Dekeuwer, Dalloz 1982, op. cit. p. 442).

Pour l'auteur, la nature du contrôle pour le principe de la nécessité des peines ne se retrouve pas à propos de la rétroactivité "in mitius".

Cette omission est assez mystérieuse. Le Conseil Constitutionnel aurait-il considéré que l'exclusion de l'article 100, de la rétroactivité "in mitius", est à ce point contraire à l'article 8 de la DDHC, qu'il était inutile d'ajouter le qualificatif "manifeste". Dans ce cas, il aurait eu tort de céder trop facilement aux évidences (ibid p. 442).

En réalité, une telle objection suit le même sort que la précédente. Le désengagement du juge constitutionnel sur l'appréciation du législateur se répercute sur l'étendue du contrôle juridictionnel exercé sur le contenu de son intervention : le second n'est que le corrolaire du premier. Quant au caractère "manifestement contraire" d'une disposition, son absence ne préjuge en rien de la qualité du contrôle exercé par le juge constitutionnel.

Mais aussi, il faut avoir à l'esprit que l'on se trouve dans une situation différente par rapport au principe de la nécessité des peines.

Dans ce dernier cas, c'est le caractère nécessaire des peines elles-mêmes qu'il faut apprécier par rapport à l'article 8 de la DDHC, et ce dans une dimension statique. Tandis que dans la deuxième hypothèse, c'est la nécessité appliquée dans le temps qu'il s'agit d'envisager. Ce qui somme toute n'est pas la même, car là c'est la dimension dynamique qui se manifeste. En l'occurrence, il faut faire bénéficier au maximum de contrevenants la faveur d'une législation pénale nouvelle. On comprend, dès lors, que la référence à tel ou tel qualificatif ne soit pas la même selon que l'on se trouve dans la première ou dans la seconde hypothèse.

En réalité, si la décision ne le fait pas figurer dans le considérant consacré à la rétroactivité "in mitius", c'est que d'une part, elle l'avait déjà abordée dans la partie relative à la nécessité des peines où elle a potentialisé son contrôle. Et d'autre part, il était inutile de l'inclure dans un domaine où l'objet du contrôle n'était pas le même et les finalités différentes.

Dans cette décision, le raisonnement du Conseil a été le suivant : ont été abordés dans l'examen de ce texte législatif, deux concepts spécifiques mais devenus complémentaires; d'une part, le droit pénal de fond à travers le problème de l'application des politiques criminelles, et, d'autre part, le droit pénal transitoire dans lequel le juge constitutionnel a fixé l'application temporelle du premier concept.

Toutefois, on se permettra de rajouter que la décision n'aurait pas fait l'objet de critiques de la part de la doctrine si, comme le relève le Doyen Favoreu, le Conseil Constitutionnel avait procédé à une analyse du principe de légalité, ce qui de plus aurait permis de parvenir au même résultat (GDCC op. cit. n° 32, p. 444 § 9). Une telle solution aurait été souhaitable dans la mesure où on aurait pu éviter d'utiliser des concepts flous et sujets à discussion.

La proposition du spécialiste de droit constitutionnel a le mérite de résoudre de telles difficultés en se référant à un principe qui prête moins à controverse sur sa valeur et sa portée.

En effet, le principe de légalité des délits et des peines tel qu'il a été proclamé par l'article 8 de la DDHC avait essentiellement pour fonction d'assurer la protection des droits et libertés des citoyens. Dès lors, deux corollaires en découlaient : d'une part, la non rétroactivité des lois pénales plus sévères, et, d'autre part, la rétroactivité des lois pénales plus douces. Ces deux corollaires érigés à leur tour au rang de principes de droit pénal ont valeur constitutionnel au même titre que le principe supérieur duquel ils découlent. Ainsi, la référence au concept périmé de "peines nécessaires" devenait inutile (ibid p. 442 § 9).

C) Le rejet de la rétroactivité in mitius

Après avoir envisagé le caractère hasardeux du rapprochement avec l'article 8 de la DDHC, M. Dekeuwer s'attache au fait que le Conseil Constitutionnel retient que la loi ne doit établir que les peines nécessaires; c'est-à-dire que si une loi nouvelle réduit les sanctions, c'est parce que les anciennes ne sont plus nécessaires ; il en conclut que seules les pénalités nouvelles sont nécessaires et doivent être appliquées, mêmes aux infractions antérieures (Dalloz 1982, op. cit. p.442).

Cette manière d'envisager les choses oublie les hypothèses où il est précisément nécessaire de maintenir les peines anciennes, et manifeste une hostilité envers la survie de la loi ancienne dont, il faut rechercher les raisons (ibid p.442).

D'une part, c'est un souci de bonne administration de la justice qui est visé, et ce pour éviter l'engorgement des tribunaux par l'afflux des pourvois de cassation formés contre des arrêts d'appel ou des jugements de première instance.

D'autre part, il s'agit d'éviter que des contrevenants soient soustraits à toutes sanctions. C'est encore plus vrai dans les législations économiques, ayant souvent pour vocation d'avoir une durée d'application limitée.

Là non plus, il n'est pas question d'accueillir la critique, fondée sur des raisons matérielles et répressives. On retrouve ici le vieux débat historique et doctrinal, que nous aborderons plus loin, concernant le refus

d'appliquer la rétroactivité "in mitius" aux dispositions législatives économiques de caractère temporaire ou circonstanciel.

Pour répondre à cette objection, on fera remarquer que le Conseil Constitutionnel, dans sa décision "Sécurité-Liberté", ne fait pas de distinction en fonction du domaine d'intervention du législateur.

Et la généralité de la rédaction du considérant de principe ne laisse planer aucune ambiguïté sur sa portée, et ne tend pas à écarter certaines matières du bénéfice de la "lex mitior". Par conséquent, on ne voit pas pourquoi on refuserait à telle ou telle discipline la faveur de ce principe.

De plus, cela ne correspondrait pas aux objectifs de cohérence que se fixe la justice constitutionnelle qui connaît, en Europe, un certain développement depuis quelques années. Il est inconcevable que des pans entiers de notre droit soient soustraits de l'application de ces principes fondamentaux que le législateur doit respecter. Une telle solution risquerait de réduire son efficacité protectrice et mettrait en cause l'utilité et la légitimité de la juridiction constitutionnelle.

Ainsi, on ne peut admettre une division au sein de la matière pénale, entre les objectifs classiques de protection et les finalités nouvelles en matière économique. Dans la mesure où la législation économique est imprégnée de droit pénal, on ne voit pas pourquoi on lui assurerait un régime dérogatoire moins protecteur que le régime général.

A travers la note critique de M. Dekeuwer, on retrouve pleinement la volonté d'assurer au droit pénal et ses disciplines dérivées une pleine autonomie, générant un corps de règles et de principes indépendants des autres domaines juridiques.

Mais une telle vision est quelque peu dépassée compte tenu de l'impact incontournable de la jurisprudence constitutionnelle qui influence peu à peu l'ensemble des différentes branches du droit composant notre système juridique.

Pour s'en convaincre, il suffit d'examiner l'ensemble des travaux de recherches qui ont été entrepris sur cette question, pour s'apercevoir que l'on n'est plus au stade d'une approche préliminaire, mais plutôt au niveau d'une analyse scientifique et convaincante (pour une illustration : M. Frangi, "L'apport du Droit Constitutionnel au droit des personnes et aux droits économiques et individuels : contribution à l'étude de la constitutionnalisation du droit privé", Thèse Aix-Marseille III 1990). Dans ces conditions, le droit criminel et plus particulièrement le droit pénal économique ne peuvent plus ignorer cette avancée constitutionnelle.

Le mythe de la loi en matière criminelle est remis en cause au détriment d'un législateur qui ne peut plus tout faire. L'apport de la décision commentée est intéressante d'un double point de vue. D'une part, elle permet d'assurer au droit transitoire pénal une certaine unité qui lui manquait, où désormais il se compose de deux éléments :

- le principe de la non rétroactivité des lois pénales plus sévères ;
- le principe de la rétroactivité "in mitius".

Une telle solution ne peut qu'être heureuse, car elle traite la question de la rétroactivité, lato sensu, de manière intégrale et complète. D'autre part, avec la combinaison des décisions 79-109 DC et 80-127 DC, on assiste à une constitutionnalisation du droit transitoire appliquée en matière pénale. Il

existe des directives que désormais le législateur ne peut plus méconnaître lorsqu'il met en œuvre des dispositions législatives dans le temps.

Reste à préciser le sens et la portée de cette jurisprudence, en matière de rétroactivité "in mitius", à travers son domaine d'application.

SECTION III - LE DOMAINE D'APPLICATION

Il s'agit d'examiner qu'elles ont été les solutions adoptées par le Conseil Constitutionnel en ce domaine depuis la décision "Sécurité-Liberté". C'est-à-dire les cas dans lesquels le juge constitutionnel admet la rétroactivité "in mitius" face au contenu des dispositions législatives auquel elle peut s'appliquer.

Somme toute, ces précisions constitutionnelles vont dans une double direction, d'une part, rechercher les domaines qui, nonobstant leur caractère rétroactif, ne sont pas concernés directement par la "lex mitior". Dans cette hypothèse, le législateur fera rétroagir certains textes sans encourir la censure de la Haute Juridiction (I).

D'autre part, les éléments entrant dans la sphère de la rétroactivité "in mitius", car leurs spécificités réclament une attention particulière dans le cadre de la protection des droits de l'homme (II).

Toutefois, dans cette dernière hypothèse, on signalera une extension de ce domaine réservé qu'il serait bon d'analyser (III).

I - Les domaines exclus de la rétroactivité "in mitius"

On envisagera plusieurs cas de figures, à propos duquel la rétroactivité stricto sensu existe. Elle est admise non pas au titre de sa douceur, mais plutôt parce qu'elle est imprégnée d'une certaine neutralité par rapport à l'ensemble des droits et libertés tels qu'ils sont appréhendés dans le cadre de la rétroactivité "in mitius".

Leurs connaissances sont indispensables pour établir une échelle de rétroactivité dans laquelle il faut éliminer les degrés inférieurs, n'enrichissant en rien la "Charte" des droits fondamentaux concernant l'individu.

A) La rétroactivité en matière contractuelle

On retrouve cette hypothèse dans une décision récente du Conseil Constitutionnel à propos de l'examen de la loi modifiant la loi n° 86-912 du 6-08-1986 relative aux modalités d'application des privatisations (89-254 DC du 4-07-1989 JO du 5-07-89 p.8382).

L'argumentation des députés auteurs de la saisine était la suivante : "la loi déferée est rétroactive dans la mesure où elle dispose qu'à l'exception des cas où s'exerce le contrôle de l'autorité administrative, les cessions d'actions de sociétés privatisées sont libres nonobstant toute convention contraire antérieure à la dite loi ; qu'il y a, par suite, une remise en cause de situations contractuelles dans la mesure où se trouvent caduques les stipulations de conventions intervenues dans le passé qui restreignent la libre cessibilité des actions des sociétés".

Les requérants estiment que l'effet de ce texte est contraire au principe de non rétroactivité des lois, qui, en matière contractuelle, a valeur

constitutionnelle. Pour se faire, ils fondent leurs prétentions, d'une part sur l'article deux de la DDHC de 1789 qui pose le principe de la sûreté, et d'autre part, sur le caractère de principe fondamental reconnu par les lois de la République solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution de 1946, auquel se réfère le préambule de la Constitution de 1958 (JO du 5.07.1989 p. 8395 saisine des députés).

Le Conseil constitutionnel n'a pas fait sienne l'argumentation des parlementaires : "Considérant qu'en inscrivant la sûreté au rang des Droits de l'homme, l'article 2 de la DDHC de 1789 n'a pas interdit au législateur d'apporter, pour des raisons d'intérêt général, des modifications à des contrats en cours d'exécution ; considérant qu'antérieurement à l'entrée en vigueur du préambule de 1946, diverses lois ont, pour des motifs d'intérêt général, fixé des règles s'appliquant à des contrats en cours ; qu'aussi la prohibition de toute rétroactivité de la loi en matière contractuelle ne saurait être regardée comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens de l'article 1er du préambule de la Constitution du 27.10.1946".

Ce faisant, "le moyen tiré de ce que la loi a un effet rétroactif et serait de ce fait inconstitutionnelle ne peut être accueilli".

Avec cette décision, on touche au domaine de la théorie générale des obligations en droit privé, conjugué au délicat problème de la rétroactivité de dispositions législatives nouvelles applicables aux contrats en cours d'exécution. Si on se réfère aux textes, c'est à l'article deux du Code Civil que l'on pense immédiatement pour envisager de résoudre une telle difficulté et, selon lequel : "la loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif".

Mais, il n'a pas de valeur constitutionnelle sauf en ce qui concerne la loi pénale. Dans ces conditions, ne nous situant pas en matière pénale, il est possible au législateur de déroger à l'article deux du Code Civil, qui n'est qu'une loi ordinaire et déclarer une loi rétroactive. Bien plus, il pourrait même abroger le principe de non rétroactivité de la loi civile (J.-L. Bergel, "Théorie générale du droit", 2^e Édition Dalloz 1989, p.121, n° 112).

Une telle solution est fidèle à la position adoptée par la Cour de cassation sur cette question, et selon laquelle : "le législateur peut ... déroger à la règle ordinaire de la non rétroactivité, en vue d'un intérêt supérieur d'ordre public, mais, s'il n'a pas manifesté nettement sa volonté en ce sens dans la loi nouvelle, celle-ci doit être appliquée par le juge conformément à l'article 2 du Code Civil" (Cassation civile 7.06.1901, Dalloz 1902, I, p. 105 ; Civile 1.07.1987, Bulletin civil III partie n° 138).

Dans ces conditions, il appartiendra, d'une part, au législateur de s'exprimer clairement sur le sens de l'application dans le temps des dispositions adoptées, et ce pour ne pas encourir une mauvaise interprétation de la loi par le juge de cassation. D'autre part, de fonder la rétroactivité sur des motifs d'intérêt général pour ne pas être censuré par le juge constitutionnel.

Globalement, les conséquences d'une disposition législative rétroactive seront différentes selon que l'on se trouve en matière contractuelle ou répressive. Dans le premier cas, les intérêts en cause seront le plus souvent de nature financière dont la modification dans l'économie du contrat sera appréhendée beaucoup moins gravement. De plus, c'est l'intérêt général qui vient motivé un tel bouleversement contractuel.

En l'espèce, la loi sur le "dénoyautage" des entreprises privatisées s'inscrivait dans la loi relative aux modalités d'application des privatisations. La méthode retenue consiste, non pas à édicter des dispositions autonomes, mais à compléter l'article 10 de la loi du 6.08.1986. On comprend, dès lors, que le juge constitutionnel n'ait pas voulu se lancer dans une contradiction jurisprudentielle en adoptant une solution différente de celle qu'il avait consacrée quelques années auparavant sur les privatisations dont il avait admis, sous ses strictes réserves d'interprétation, la conformité à la Constitution.

Par conséquent, admettre ou refuser la rétroactivité d'une disposition législative touchant au droit des contrats, ne remet pas fondamentalement en cause les droits de l'homme au point de les méconnaître. Il suffit pour cela d'examiner les positions fluctuantes du législateur, sur cette question. Ce qui tend à démontrer qu'il n'est pas question pour le moment d'assurer à l'article 2 du Code Civil, une valeur constitutionnelle.

Par contre, ce qui est en cause dans la rétroactivité d'une disposition pénale, ce sont des intérêts supérieurs touchant directement la personne humaine, surtout dans son corps. Somme toute, on admet la rétroactivité pour des raisons et à des degrés différents. C'est dans ces conditions que l'application rétroactive de dispositions nouvelles en matière contractuelle ne rentre pas dans le champ d'application de la "lex mitior".

C'est ce qu'il s'agit d'examiner à propos des lois interprétatives.

B) La rétroactivité en matière de lois interprétatives

Il faut distinguer ces lois nouvelles interprétatives d'autres notions proches mais qui s'en différencient par leur finalité. Ainsi, on ne doit pas regarder comme interprétatives des lois validant des dispositions administratives, réglementaires ou individuelles, dont la légalité a soulevé des contestations; le sens du texte est clair, mais c'est la validité de celui-ci qui faisait difficulté (voir en ce sens l'ouvrage de B. Mathieu "Les validations législatives : pratique législative et jurisprudence constitutionnelle" Collection Droit public positif, Economica 1987).

Dans cette hypothèse, la rétroactivité est admise avec un objectif autre et sous certaines conditions de mise en œuvre (GDCC p. 426 § 7).

Dans le même sens, il ne faut pas non plus regarder comme interprétative une loi qui vient confirmer une jurisprudence constante, même si la doctrine continue d'en contester le bien fondé (Merle et Vitu "Traité de droit criminel", Cujas 1989, op. cit. n° 255, p. 342). Là aussi, la rétroactivité est admise, mais la justification ne recouvre pas celle que l'on rencontre à propos des lois interprétatives. La loi nouvelle n'est en relation, non pas avec un texte de même nature, mais avec une décision de justice qu'elle vient absorber pour lui donner une force obligatoire supérieure à celle qu'elle connaissait auparavant.

En réalité, elle n'a de rétroactif que le nom mais pas la portée que l'on peut rencontrer à propos des lois interprétatives.

Généralement, on définit cette dernière notion comme ayant pour but de fixer le sens d'une loi antérieure, de l'expliquer, de l'interpréter. On considère alors que la loi nouvelle fait corps avec la loi ancienne et qu'elle n'est qu'une partie, un prolongement de celle-ci. Elle n'est pas une loi nouvelle, puisqu'elle ne modifie pas, mais explique seulement la loi ancienne

(F. Chabas, "Les leçons de Droit civil : introduction du droit", Éd. Montchrétien 1989, Tome 1, page 206, n° 151).

C'est le plus souvent en matière fiscale que l'on rencontre ce type de disposition rétroactive. Sur ce point, la position du Conseil constitutionnel est assez claire, et plusieurs fois le juge a eu l'occasion de se prononcer. Ainsi dans deux décisions concernant la loi de finances pour 1985 (84-184 DC du 29.12.184, Rec. p. 100) et la loi de finances rectificative pour 1984 (84-186 DC du 29.12.1984, Rec. p. 107) la Haute juridiction a estimé "qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce qu'une disposition ait un caractère rétroactif" sous la condition expresse qu'elle ait un caractère interprétatif (c'est nous qui soulignons).

Toutefois, le Conseil ne s'en tient pas là et a tenu à préciser sa position dans les décisions suivantes. Une telle précision s'imposait dans la mesure où, comme le relève MM. Merle et Vitu, sous couvert d'interprétation, le législateur peut céder à la tentation d'ajouter quelque chose de nouveau à la loi interprétative, et aboutir à une rétroactivité déguisée. Le procédé est dangereux pour les libertés individuelles, et l'on peut se demander s'il ne faudrait pas subordonner la rétroactivité des lois interprétatives à l'exigence d'une manifestation expresse de volonté du législateur (Traité de Droit Criminel, op. cit. n° 255).

Dans une première décision relative à la loi de finances rectificative pour 1986, le juge constitutionnel a estimé, à propos des dispositions du premier alinéa du paragraphe II et de l'article 19 et celles des paragraphes I à IV de l'article 20, du premier alinéa de l'article 29 et du premier alinéa de l'article 30, que "le législateur définit, sur des points qui ont donné lieu à des difficultés d'interprétation ou d'application, la portée de la législation fiscale" (86-223 DC 29.12.1986 Rec. p. 184 §4).

Le Conseil a justifié, une telle intervention dans le temps dans la mesure où "le législateur, en précisant avec effet rétroactif la portée de certaines dispositions de la loi fiscale, a entendu éviter que ne se développent des contestations dont l'aboutissement aurait pu entraîner, soit pour l'État, soit pour les collectivités territoriales, des conséquences dommageables".

Que ce faisant "sont expressément sauvegardés les droits nés des décisions de justice passées en force de chose jugée; que rien dans le texte de la loi ne permet d'inférer que le législateur a dérogé au principe de la non rétroactivité des textes à caractère répressif; que dans ces conditions, les dispositions critiquées ne sont contraires à aucune règle, non plus à aucun principe de valeur constitutionnelle" (§ 7).

Une telle solution n'est pas restée isolée dans la mesure où on l'a retrouvé dans une décision très récente à propos de la loi de finances pour 1990 (89-268 DC, 29.12.1989 JO du 30.12.1989 ; RFDA 1990 p.144 observations B. Genevois : "Continuité et convergence des Jurisprudences constitutionnelles et administratives"). En l'espèce, il était soutenu que "certaines dispositions de l'article 105 de la loi de finances (I à IV) avait un caractère interprétatif, portant atteinte à l'indépendance constitutionnellement garantie du juge de cassation qui, sous l'empire de la loi du 29.12.1982, a précisé le sens à donner tant à la notion de "personne morale dont le siège est situé hors de France" qui est redevable de la taxe, qu'à celle de personne morale "interposée" qui est solidairement responsable du paiement de cette taxe" (§ 76).

La réponse à l'argumentation, soulevée par les parlementaires, fut la même que pour la décision précédente (§ 81) (dans le même sens : 88-250 DC du 29.12.1988 Loi de finances rectificative pour 1988, Rec. p. 267 §6).

Il apparaît donc, au vu de cette jurisprudence constitutionnelle que le juge entend encadrer le législateur dans certaines limites qu'il ne doit dépasser. La complexité de la matière est un terrain d'élection pour de telles dispositions interprétatives dont la seule manière de leur assurer une certaine efficacité est de les faire rétroagir. Elle est admise sous réserve de ne pas porter atteinte à certains droits fondamentaux tels que la non rétroactivité des lois répressives plus sévères, ou les décisions de justice passées en force de chose jugée.

Le juge constitutionnel a même envisagé l'hypothèse où le législateur allait au-delà de la simple interprétation. Il en sera ainsi lorsque le pouvoir législatif entend modifier rétroactivement certaines dispositions en matière fiscale.

Dans la décision 89-268 (précitée), il a estimé que "par exception aux dispositions de valeur législative de l'article deux du Code Civil, le législateur peut, pour des raisons d'intérêt général, modifier rétroactivement les règles que l'Administration fiscale et le juge fiscal ont pour mission d'appliquer; que toutefois l'application rétroactive de la législation fiscale se heurte à une double limite; que d'une part, conformément au principe de la non rétroactivité des lois répressives posé par l'article 8 de la DDHC de 1789, elle ne saurait permettre aux autorités compétentes d'infliger des sanctions à des contribuables du fait d'agissements antérieurs à la publication des dispositions nouvelles qui ne tombaient pas également sous le coup de la loi ancienne; d'autre part, l'application rétroactive de la loi pénale ne saurait préjudicier aux contribuables dont les droits ont été reconnus par une décision de justice passée en force de chose jugée" (§ 80 ; dans le même sens 86-223DC §5 précité et 88-250 DC § 5 précité).

Le Conseil constitutionnel rappelle au législateur le respect du principe de non rétroactivité des lois pénales plus sévères. De la rédaction du considérant, il ressort que la Haute juridiction impose deux conditions pour qu'une loi fiscale en modifie une autre rétroactivement. D'une part, il faut que les agissements aient été commis antérieurement à la publication de la loi nouvelle et, d'autre part, que ces derniers ne soient pas réprimés par la loi ancienne. Ces deux conditions sont cumulatives dans la mesure où c'est l'incidente "également" qui introduit ce degré supplémentaire dans le respect de l'obligation.

Il semble donc qu'une partie des craintes formulées par MM. Merle et Vitu ait été enregistrée par le Conseil constitutionnel. Mais, la problématique de la rétroactivité des lois interprétatives a été envisagée uniquement à la lumière du principe de non rétroactivité. Ceci est normal, compte tenu d'une éventuelle "rétroactivité déguisée". Par contre, le principe de la "lex mitior" n'a pas été abordé pour faire échec à de telles dispositions interprétatives. Quid alors de ce silence.

Cela pourrait signifier tout simplement que le juge constitutionnel admettrait la "rétroactivité déguisée" de disposition, qui par son contenu, apporterait une nouveauté favorable aux contribuables contrevenants. De plus, il est difficile de faire la distinction entre la modification et l'interprétation d'une disposition fiscale ayant des incidences en matière

pénale. A cela se conjugue le fait que le contrôle de constitutionnalité n'est ni automatique, ni obligatoire, et que par conséquent certaines lois fiscales peuvent ne pas être soumises à l'examen du Conseil constitutionnel.

Dans ces conditions, il appartiendra au juge de cassation d'apprécier le contenu de la loi, sous réserve de ne pas exercer un contrôle de constitutionnalité de celle-ci. Il se pourrait dans cette hypothèse limitée, que le juge fasse prévaloir la loi modificative favorable sur la disposition interprétative, et ce dans un souci de bienveillance pour le prévenu.

Globalement, la rétroactivité d'une loi interprétative se distingue fondamentalement de la rétroactivité "in mitius". Pour cette dernière, la force modificative est telle qu'elle a un impact sur l'ordonnement juridique de la disposition qu'elle remplace. Or, on ne retrouve pas cela dans l'adoption d'une disposition interprétative qui est imprégnée d'une certaine neutralité.

La comparaison s'imposait dans la mesure où elle permet d'affiner la définition de la rétroactivité "in mitius" par rapport à d'autres concepts investis d'une force obligatoire moindre, et dont le contenu et la finalité diffèrent. Reste à envisager de manière positive le contenu de la "lex mitior" à travers les matières admises par celle-ci.

II - Le domaine réservé de la rétroactivité "in mitius"

Il semblerait que le principe constitutionnel dégagé dans la décision "Sécurité - Liberté" n'ait pas fait l'objet d'une autre consécration de la part de la Haute juridiction. Cela ne préjuge en rien de la valeur que l'on peut attacher à cette règle compte tenu de la force obligatoire dont elle est investie en vertu de l'article 62 de la Constitution de 1958.

Schématiquement, elle interdit qu'on déroge à la règle de la rétroactivité "in mitius". Mais ce qui nous intéresse en tout premier lieu est de savoir si cette interdiction s'applique sans distinction à toutes les normes pénales. En réalité, la décision ne nous apporte que très peu d'informations sur le domaine d'application de la "lex mitior". Elle se contente d'invoquer "la loi pénale qui prononce des peines moins sévères". C'est ce que nous envisagerons successivement.

A) *Le caractère pénal de la loi*

En ce qui concerne cette dernière, on se demande qu'elle est l'étendue de cette notion. De la rédaction du terme "loi pénale", faut-il en déduire que la solution soit différente s'il s'agit d'une disposition extra-pénale (M. Puech, "Droit pénal général", Éd. Litec 1988, p.127 n° 366).

Plus précisément, peut-on en tirer argument pour décider que la règle de la rétroactivité "in mitius" ne s'applique pas à la réglementation économique (Puech, op. cit. n° 366, p. 127). Ou même en élargissant son champ d'application, cela ne pourrait pas concerner des matières fiscales ou douanières. On peut en douter dans la mesure où s'il y a une discipline juridique qui ne se divise pas, c'est bien le droit pénal. En effet, l'application du droit criminel concerne les rapports du citoyen et de l'État ; la sanction pénale est infligée dans l'intérêt du public ; et le délinquant est jugé au nom de l'État (Merle et Vitu, "Traité de droit criminel", op. cit. p. 217, n° 150). Son objectif est de viser le maximum d'individus soit pour adoucir, soit pour

aggraver la répression et ce, en fonction des changements de politiques criminelles des pouvoirs publics en place. Dans ces conditions, on ne peut écarter certains contrevenants du mécanisme répressif sous prétexte que la législation, qui gère leurs situations, est de nature extra-pénale.

Tout au plus, il faut diriger l'analyse vers le droit pénal spécial, qui tout en enregistrant la spécificité de la matière, ne l'exclut pas de la sphère pénale. L'originalité de la discipline économique est prise en compte, mais elle n'est pas soustraite à la loi pénale, telle qu'elle est envisagée par le juge constitutionnel.

Bien plus, il faut prendre en compte que l'incursion de ce dernier dans certaines branches du droit, qui jadis revendiquaient une autonomie, peut paraître difficile de prime abord. Cela se répercute sur l'utilisation de certains concepts par une juridiction constitutionnelle mal préparée à le faire. Pour combler cette lacune, il est nécessaire de se référer aux auteurs qui ont envisagé la gestion, chacun dans sa discipline juridique.

Ici, nous aborderons ce problème, essentiellement à travers l'ouvrage de MM. Merle et Vitu plusieurs fois signalé. Pour ces derniers, l'étude du droit pénal spécial démontre que la sanction pénale intervient le plus fréquemment pour renforcer les droits ou les obligations énoncés par les lois civiles, commerciales, administratives, fiscales ou économiques (ibid p. 218, n° 150). Dès lors, la distinction brutale est difficile à admettre compte tenu de la place du droit criminel dans l'ensemble du Droit. Les juristes du début du siècle, l'avaient très bien compris en insistant sur cette espèce de satellisation du droit criminel par rapport aux autres branches du droit (Roux, "Cours de droit criminel français", 2^e Édition 1927, Tome 1, p. 13).

Pour notre part, et au vu de ces quelques développements, il n'est pas permis de penser que la loi pénale envisagée dans la décision "Sécurité - Liberté" puisse recouvrir qu'une catégorie de textes. Bien au contraire, il semblerait qu'on puisse l'interpréter dans un sens extensif dans la mesure où le Conseil constitutionnel ne veut pas se priver d'exclure certaines lois de son contrôle de conformité à la Constitution.

D'un point de vue pratique, si on adoptait la solution de la distinction loi-pénale, loi extra-pénale, on pourrait arriver à des solutions contradictoires et injustes. En effet, il peut arriver qu'une loi extra-pénale en matière économique prévoit un mécanisme répressif plus sévère que celui que l'on pourrait rencontrer dans le cadre d'une législation pénale classique réprimant, par exemple, le vol à l'étalage. Refuser la rétroactivité "in mitius", en cas de modification législative dans la première hypothèse où la sanction serait plus sévère, ne serait pas équitable par rapport au deuxième cas de figure pour lequel la "lex mitior" est admise, alors que la répression est largement plus faible.

On pourrait, alors, nous objecter que généralement, on rencontre des situations inverses où l'extra-pénalité est moins rigoureuse que la loi pénale stricto-sensu. Une telle critique ne peut être retenue car cela obligerait le juge constitutionnel à opérer des distinctions difficiles selon le degré de gravité de la loi extra-pénale. Ce qui à terme, ne serait pas favorable à la protection des droits fondamentaux du prévenu. C'est maintenant au caractère moins sévère de la peine prononcée qu'il s'agit de s'attacher.

B) Le caractère moins sévère de la peine prononcée

Dans cette hypothèse précise, il semblerait que le juge constitutionnel dans sa décision "Sécurité-Liberté" ait limité le contenu de la loi pénale rétroactive en la cantonnant au prononcé de peines moins sévères. Alors se pose la question déterminante de la portée du principe de la "lex mitior". D'une part, est-ce le seul critère d'une loi pénale plus douce (Puech, op. cit. p. 127, n° 366) ; d'autre part, peut-on admettre que la règle de la rétroactivité "in mitius" soit écartée dans d'autres cas de figure (ibid p. 127). Par exemple, pour les lois qui suppriment une incrimination, qui réduisent le champ d'application d'une infraction en maintenant l'ancienne sanction ou encore qui créent une cause d'irresponsabilité.

Si on s'en tient à la rédaction du considérant de la décision, cela exclurait toutes les autres notions constitutives du mécanisme répressif. Toutefois, il faut compléter cette jurisprudence par celle rendue par le juge constitutionnel un an auparavant, concernant le principe de non rétroactivité des lois pénales plus sévères (DC 79109 précité). Dans une analyse a contrario de celle-ci, il est apparu qu'une loi pouvait être rétroactive dès lors qu'elle "assurait un avantage nouveau" et, "relative à des mesures pénales".

De cette rédaction, que faut-il en déduire concernant l'étendue du contenu de la loi pénale. Pour notre part, la solution est simple car cela concerne directement la protection des droits fondamentaux de l'individu. Dans ces conditions, il ne faut pas concevoir la décision 80-127 DC de manière restrictive, car telle n'est pas l'attitude adoptée par la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de Cassation. Cette juridiction entend la notion de "loi pénale" dans son sens le plus large en y incluant aussi bien les lois d'incrimination, que les lois de pénalités.

Et cela qu'il s'agisse de mettre en œuvre le principe de non rétroactivité des lois pénales plus sévères que la règle de la "lex mitior" (voir en ce sens les exemples cités par MM. Merle et Vitu op. cit. n° 245 pour les lois d'incrimination, n° 246 pour les lois de pénalités).

Certes, il peut y avoir des difficultés d'application, mais celle-ci demeure interne à la juridiction répressive, qui se référera aux grands principes de droit pénal pour les résoudre. Cela ne préjudicie en rien sur la considération du principe constitutionnel de la "lex mitior", qui garde toute sa valeur et son impact.

Par conséquent, il faut comprendre la règle comme un ensemble dont la meilleure définition en serait : un avantage nouveau dont résulterait un certain nombre de conséquences lors de sa mise en œuvre pour le législateur. Du reste, dans la décision 80-127 DC, il s'agissait du cas particulier de pénalité dont le juge constitutionnel avait à apprécier la conformité à la Constitution. Quelle aurait été l'attitude de la Haute juridiction, si le législateur avait correctionnaliser un crime, ou substituer une contravention à un délit sans prévoir une disposition transitoire rétroactive ? Dans ce cas de figure, la "lex mitior" aurait été consacrée par le juge constitutionnel car l'incrimination est considérée comme une mesure pénale se situant en amont du mécanisme sanctionnateur. De même que la peine, répondant à un objectif spécifique, est l'un des derniers maillons de la chaîne.

Là aussi, le Conseil constitutionnel ne peut se permettre de diviser une discipline juridique en établissant pour chaque distinction un régime

juridique plus ou moins protecteur. Bien au contraire, il doit y avoir une unité de jurisprudence dans la mise en œuvre d'un régime de protection, surtout lorsqu'on se trouve sur un terrain aussi sensible que le droit pénal. Il s'agit, alors, d'assurer une garantie maximum.

Sur ce point, on peut faire un parallèle avec le principe de non rétroactivité des lois pénales plus sévères à propos duquel le Conseil constitutionnel a estimé "qu'il ne concernait pas uniquement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étend également à la mesure de sûreté qui bien que relative à l'exécution de la peine, n'en relève pas moins de la décision de la juridiction qui, dans les conditions déterminées par la loi, peut en faire varier la durée en même temps qu'elle se prononce sur la culpabilité du prévenu ou de l'accusé" (86-215 DC du 3.09.1986 - Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance, Rec. p. 130 § 23).

Dans cette décision, le Conseil a eu une conception extensive de la portée du principe de non rétroactivité en y incluant les mesures de sûretés qui sont une autre étape dans le système répressif. Une telle solution peut se comprendre car des lois instituant des mesures de sûretés peuvent, en réalité, s'apparenter à de véritables peines, frappant l'individu dans son corps (que l'on songe aux mesures de castration ou de stérilisation admises dans certaines législations étrangères) ou dans sa liberté (internement de sécurité par exemple) : le principe de non rétroactivité devrait être ici scrupuleusement observé (Merle et Vitu, op. cit. n° 256). On peut, alors facilement concevoir que le juge constitutionnel adopte le même raisonnement, mais dans le cadre de la "lex mitior". La mesure de sûreté demeure une mesure pénale répondant elle aussi à un objectif particulier.

Pour les pénalistes, il ne fait aucun doute que de telles législations peuvent être rétroactives. Instituées avant tout dans l'intérêt des délinquants, ces mesures doivent être appliquées même aux délinquants dont les agissements sont antérieurs à la promulgation des textes nouveaux (ibid n° 256). L'objectif d'une telle rétroactivité tend essentiellement à la protection, aux soins, à la rééducation de l'individu.

Pour terminer, sur cette question, on ne peut manquer de citer les décisions du Conseil constitutionnel qui, bien que traitant de la non rétroactivité font référence :

- "au domaine pénal" (80-116 DC du 30.12.1980 Rec. p. 53) ;
- "en matière répressive" (89-268 DC du 29.12.1989 JO du 30.12.1989, JCP 1990 IV n° 63415) ;
- "en matière pénale" (80-119 DC du 22.07.1980 Rec. p. 46, GDCC n° 31, p. 419), pour apprécier si un texte législatif, dans lequel est mis en cause des dispositions de droit pénal transitoire, est conforme à ce principe constitutionnel.

Dans cette hypothèse, le Conseil constitutionnel adopte de manière explicite une conception extensive du contenu du principe de non rétroactivité car on utilise des concepts à étendue variable. Un raisonnement par analogie peut nous être utile pour tenter de résoudre les difficultés relatives à la portée du principe de la "lex mitior". De l'autonomie des principes à valeur constitutionnelle, il reste que le point commun, la gestion de situation juridique dans le temps, permet de nous demander si les solutions adoptées pour la non rétroactivité ne vaudrait pas pour la "lex mitior".

En fin de compte, les objectifs sont les mêmes : assurer une protection fondamentale aux individus en juridicisant autant que faire se peut, un débat politique en matière criminelle. Cette perspective n'a pour le moment reçu aucune consécration jurisprudentielle de la part de la Haute juridiction. La démarche était néanmoins nécessaire car les instruments fournis par le juge constitutionnel étaient peu nombreux dans le sens qui nous intéresse. Cela nous a aussi permis d'éclairer la problématique qui tourne autour du principe de la "lex mitior" car en dernier lieu c'est aux différents organes de l'État qu'il appartiendra de mettre en œuvre tout cet édifice jurisprudentiel.

On signalera que, depuis quelques années, le domaine répressif a connu une certaine extension avec l'apparition des sanctions administratives dans le contentieux constitutionnel. Celles-ci connaissant le même régime que le droit pénal classique, il s'agit de se demander si elles sont concernées par le problème de la rétroactivité "in mitius" lorsque le législateur introduit des sanctions administratives plus douces.

III - L'extension du domaine réservé à la rétroactivité "in mitius" : la rétroactivité dans le cadre des sanctions administratives

On présente généralement la juridiction répressive (tribunal correctionnel, chambre des appels correctionnels, chambre criminelle de la Cour de Cassation) comme ayant le monopole de l'imperium, c'est-à-dire, le pouvoir de commandement permettant d'infliger des sanctions pénales pour non respect de la loi (voir en ce sens : G. Guidicelli Delage, "Institutions judiciaires et juridictionnelles" PUF.Droit fondamental 1987, p. 44, n° 21 et p. 235, n° 185). Nous excepterons ici du contentieux répressif des contraventions de grande voirie se plaidant devant la juridiction administrative. Celui-ci vise exclusivement à la réparation matérielle du dommage subi par le domaine public, et il est exclusif de toute peine d'emprisonnement (B. Genevois, "La jurisprudence du Conseil constitutionnel : principes directeurs" Édition STH Paris 1988, p. 98).

Dès lors, si en principe la répression des infractions relève du juge pénal, dans certains secteurs importants de la vie économique où l'on fait appel à des instances régulatrices ; il arrive que celles-ci participent à la répression pénale, voire même exercent directement les pouvoirs répressifs.

Dans cette hypothèse précise, on vise les autorités administratives indépendantes (A.A.I.) qui ont fait leur apparition depuis un certain nombre d'années.

L'intérêt de la question est que ces autorités ont une nature juridique qui ne correspond pas à celle que l'on connaît en France dans le système d'organisation administrative ou juridictionnelle. Sans retomber dans la discussion relative aux difficultés que soulèvent ces autorités à propos de leur conciliation avec la Constitution, nous renverrons le lecteur à un article récent qui fait le tour de la question et auquel nous nous référerons (C. Teitgen Colly, "Les instances de régulation et la constitution", RDP 1990, p. 153 à 259).

Ainsi donc, si ces autorités jouent un rôle non négligeable dans la répression pénale, la rétroactivité "in mitius" sera concernée au tout premier

plan dès lors que ces dernières utilisent des pouvoirs de sanctions que leur a conféré la loi et pouvant modifier de manière favorable l'ordonnement juridique pénal antérieur. Dans cette étude, on fera essentiellement référence au Conseil de la concurrence (créé par l'ordonnance du 1.12.1986 sur la liberté des prix et de la concurrence), à la Commission des opérations boursières (créé par l'ordonnance du 28.09.1967 et modifié par les lois du 28.01.1988 et 2.08.1988) et au Conseil supérieur de l'audiovisuel (créé par la loi du 17.01.1989).

La justification de l'octroi de pouvoirs répressifs à de telles instances régulatrices résultent de plusieurs facteurs. D'une part, il y a initialement une volonté de désengagement des pouvoirs publics, pour des raisons politiques, économiques ou techniques, qui ne voulaient pas, du fait de l'inadaptation des structures, assurer la régulation de ces secteurs (Teitgen Colly, RDP 1990, op cit. p. 186). D'autre part, c'est de faire reposer l'autorité de ces instances, d'avantages sur leurs facultés de persuasion que l'usage de la contrainte (ibid p. 186). Toutefois, pour les autorités que nous envisagions plus haut, le pouvoir de sanction est apparu comme un complément indispensable de la régulation pour que celle-ci conserve son efficacité, d'autant que la répression par le juge a montré ses limites (ibid p. 187).

Ce pouvoir de sanction se ramène à deux types de sanctions. Il s'agirait, d'une part, des sanctions privatives de droits, telles que la restriction ou l'interdiction d'exercer une activité résultant de la limitation ou du retrait de l'autorisation nécessaire à son exercice, et ce en cas d'infraction aux lois et règlements, à la décision même de l'autorisation, voire à des dispositions contractuelles.

A côté de ces sanctions personnelles qui consistent en la privation de droits et portant sur l'exercice de l'activité illicite; les AAI se sont vu accorder des pouvoirs de sanctions patrimoniales, peines d'amendes directement infligées par ces autorités qui peuvent être souvent très lourdes (pour une série d'exemples : ibid p. 189).

Dès lors, la participation directe de ces instances les plus importantes au mécanisme répressif a soulevé des problèmes de constitutionnalité dont le Conseil constitutionnel a été amené à connaître.

La levée des obstacles constitutionnels s'est faite au fil des décisions de la Haute juridiction. Concernant l'étendue des pouvoirs de sanctions administratives, le Conseil s'est prononcé tout récemment à propos de l'examen de la loi portant modification de la C.O.B où il considère "que le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucune règle ou principe de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part que la sanction infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures distinctes à sauvegarder des droits et libertés constitutionnellement garanties " (87.260 DC du 28.07.1989 §6, JO du 1.08.1989 p. 9676, lettre de saisine des sénateurs p. 9682 ; B. Genevois, "Le Conseil constitutionnel et l'extension des pouvoirs de la C.O.B", RFDA 1989, p. 671.683).

Ainsi, la généralité du considérant tend à viser l'ensemble des autorités administratives, agissant dans le cadre de prérogative de puissance

publique, et non pas uniquement la C.O.B qui était visée par les parlementaires auteurs de la saisine.

Allant plus loin dans un souci d'assurer la plus grande protection aux personnes susceptibles d'être touchées par la répression administrative, le juge constitutionnel assortit le pouvoir de sanction d'un certain nombre de garanties qu'il puise dans les principes constitutionnels du droit pénal et de la procédure pénale. Le Conseil constitutionnel, marquant son souci de ne pas voir mis à l'écart les diverses garanties qui entourent la répression pénale par la simple substitution d'une répression administrative, applique à celle-ci les principes fondamentaux sus-visés (Teitgen Colly, RDP 1990, op cit. p. 203).

C'est la décision CSA du 17.01.1989 qui rappelle dans un considérant qui apparaît comme la synthèse du droit pénal et de la procédure pénale constitutionnels (88-2470 DC, JO du 18.01.1989, p. 754, saisine p. 758 ; GDCC n° 44, p. 723). Il est rédigé de la manière suivante : "en vertu de l'article 8 de la DDHC et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République une peine ne peut être infligée qu'à la condition, que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de non rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le principe du respect des droits de la défense" (§ 35). Pour terminer, il déclare que ces exigences ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère de punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire" (§ 36).

Il reste que si les éléments essentiels composant le bloc de constitutionnalité en matière pénale étaient visés par le Conseil constitutionnel, le principe de la rétroactivité "in mitius" quant à lui ne figure pas dans la liste limitativement énumérée dans le considérant de principe.

Est-ce-à dire que le législateur, lorsqu'il intervient en matière pénale ou de sanction administrative, peut méconnaître le principe énoncé dans la décision des 19 et 20 janvier 1981. Ce qui aurait pour conséquence que les juridictions répressives et les AAI soient dispensées d'en faire application. On peut en douter, et cela pour deux raisons.

La première tient du fait que si l'on s'en tient à la rédaction de la décision COB (§ 89-260 DC) lorsque le législateur crée une autorité administrative et l'investit d'un pouvoir d'infliger des sanctions, celui-ci doit assortir son exercice de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garanties. Le juge constitutionnel ne fait pas de distinction au sein des droits et libertés à respecter.

Ceci tend à démontrer que le principe de la "lex mitior" n'est pas exclu. Bien au contraire, car une solution inverse ne donnerait plus de raison d'être à la décision "Sécurité-Liberté". Le même raisonnement peut être fait à propos des juridictions répressives dans la mesure où lorsqu'elles infligent une peine, elles usent de prérogatives de puissance publique mais d'un type particulier et organisé d'une manière différente.

Dans cette dernière hypothèse, c'est la défense des intérêts de la société qui est en cause, se manifestant par une prérogative régaliennne marquée par sa spécificité et son originalité autour d'un système répressif ancien. Dans ces conditions, la rétroactivité "in mitius" ne peut être

méconnue ni par le législateur, ni par les juridictions pénales et les autorités administratives indépendantes dans l'exercice de leurs pouvoirs de sanctions.

La deuxième raison découle du principe de légalité des délits et des peines visé par la décision CSA qui peut être utilisé pour combler l'absence de référence à la règle de la "lex mitior" dans cette décision (§ 35, 88-247 DC précitée). En effet, le principe de légalité des délits et des peines tel qu'il a été proclamé par l'article 8 de la DDHC avait essentiellement pour fonction d'assurer la protection des droits et libertés des citoyens. Dès lors, deux corollaires en découlaient, la non rétroactivité des lois pénales plus sévères, et la rétroactivité des lois pénales plus douces. Ces deux corollaires érigés à leur tour au rang de principe de droit pénal ont valeur constitutionnelle au même titre que le principe supérieur duquel ils découlent (GDCC p. 444, § 9, observations L. Favoreu).

Dès lors, l'obstacle est levé car la légalité criminelle est visée expressément et a un passé jurisprudentiel constant et certain.

On relèvera, toutefois, si cela n'est pas suffisant que le principe de la nécessité des peines pourrait peut-être venir pallier l'absence de référence à la "lex mitior". On a pu observer dans la décision "Sécurité- Liberté" que le Conseil constitutionnel a fondé la solution sur l'exigence constitutionnelle de la nécessité des peines, contenue dans l'article 8 de la DDHC, pour consacrer la rétroactivité des lois pénales plus douces. Le principe a été plusieurs fois visé par la Haute juridiction :

- 84-176 DC du 25.07.1984 sur la loi relative aux services de communications audiovisuelles soumis à autorisation, Rec p. 55;

- 86-215 DC du 3.09.1986 sur la loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance, Rec. p. 130.

Dans une autre décision du 29.12.1984 (184 DC Rec. p. 94), il estime que le "moyen manque en fait". Enfin, dans une décision du 3.07.1986 (209 DC Rec. p. 86), il considère que les prescriptions de l'article 8 de la DDHC sont "sans rapport" avec les dispositions critiquées. Mais, il faut préciser que la référence à ce principe constitutionnel se fait dans des conditions particulières, qui, dans les affaires en question, ne mettent pas en cause la "lex mitior". Il s'agit plus précisément d'une règle qui montre que le droit pénal est l'ultime voie à laquelle le législateur peut recourir quand il ne peut pas faire autrement (Pradel, "Droit pénal général", Cujas 1990, p. 165).

Et ce, dans un cadre sociologique et politique donné. Bien plus, le Conseil n'a pas reformulé le considérant consacrant la rétroactivité "in mitius" à travers la nécessité des peines.

On a par conséquent du mal à admettre que ce dernier principe puisse continuer à faire découler la règle de la rétroactivité des lois pénales plus douces, a fortiori quand on sait que le juge constitutionnel opère un contrôle minimum en ce domaine. Il considère que le législateur doit disposer de la plus grande liberté pour apprécier la nécessité des peines attachées aux infractions qu'il définit, et que sauf erreur manifeste d'appréciation, il ne la censurera pas. Autrement dit, il se livre ici à un contrôle minimum car il ne lui appartient pas de substituer sa propre appréciation à celle du législateur (L. Favoreu, "La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale", Mélanges Vitu, op cit. p. 187).

Il reste qu'on ne comprend pas pourquoi ce dernier a refusé de consacrer expressément cette règle qui a la même valeur que la non

rétroactivité des lois pénales plus sévères. Dans un cas comme l'autre, il s'agit pour la Haute juridiction de surveiller le législateur dans la rédaction de ces dispositions transitoires lorsqu'il met en place un mécanisme répressif plus doux ou plus sévère. Quant au degré de protection que recouvrent ces deux principes, ils ne sont pas fondamentalement différents, si ce n'est une divergence au point de vue de la direction temporelle.

Dans l'hypothèse de la non rétroactivité de la loi plus sévère, il faut exclure du champ d'application de la nouvelle loi, les infractions commises sous la législation antérieure et non encore définitivement jugées. Au contraire, avec la rétroactivité "in mitius", il s'agit d'inclure dans le champ d'application de la loi nouvelle, les infractions commises pendant la législation antérieure et non encore définitivement jugées.

Si on pousse un peu plus loin la comparaison entre les deux notions, on s'aperçoit rapidement qu'il y a un léger avantage en faveur de la disposition rétroactive, qui par sa double nature viserait un nombre plus important de personnes. D'une part, en tant que norme générale, lorsqu'elle est tournée vers l'avenir, elle obligera un nombre indéterminé de sujets de droit. D'autre part, par sa nature rétroactive, elle visera un nombre arrêté de destinataires, constituant une catégorie définitivement close.

Cela fait d'une norme générale rétroactive, un texte de caractère abstrait et hypothétique, en même temps qu'il sera concret et catégorique. Une telle solution ne se rencontre pas lorsqu'on se trouve en présence d'une disposition non rétroactive qui par son caractère trop sévère se limitera à son aspect abstrait et hypothétique. Mais, on pourrait alors nous objecter qu'une disposition non rétroactive peut être aussi concrète et catégorique dans la mesure où elle vise un certain nombre de personnes qui serait exclu du champ d'application de la nouvelle loi plus sévère.

L'objection est fondée, mais il faut préciser que la catégorisation s'effectue de manière négative, ce qui n'est pas la même chose. Dans le cadre de la "lex mitior", qui est une catégorisation positive, le prévenu va voir son régime répressif s'adoucir. Sa peine va passer, par exemple, de 7 à 3 ans de prison pour une même infraction. Sa situation juridique sera directement et concrètement atteinte car il n'effectuera pas les quatre années de peines privatives de liberté supplémentaire, prévues à l'origine. Il y aura donc un changement de catégorie juridique dans le cadre d'une législation favorable plus impliquée.

Par contre, pour la non rétroactivité, le prévenu ne bénéficiera d'aucune faveur comparable à la précédente. Sa situation carcérale ne sera pas modifiée car il ne changera pas de catégorie juridique. La loi pénale nouvelle sera imprégnée d'une certaine neutralité, nonobstant la prise en considération de la position pénale du prévenu qui restera toujours régi par la loi ancienne. C'est-à-dire, que dans l'exemple précédent, on pourra lui infliger une peine maximum de trois ans de prison.

Si en fin de compte, le résultat final est le même, l'approche diffère quelque peu. C'est pour cela qu'il faut tenir compte de la spécificité des deux principes qui ne développent pas le même raisonnement juridique. Dès lors, avec un tel oubli, la question reste entièrement posée : pourquoi ? C'est au Conseil constitutionnel, avec les décisions ultérieures, qu'il appartiendra de nous éclairer sur son silence.

Reste qu'un principe à valeur constitutionnelle ne pourra pleinement être mis en application par le législateur que si celui-ci dispose de la plénitude de compétence en matière normative.

SECTION IV - UN PRINCIPE CONSTITUTIONNEL FACE A UN LÉGISLATEUR FORT DE SES COMPÉTENCES.

La consécration par le juge, d'un principe à valeur constitutionnelle quel qu'il soit peut connaître un certain épanouissement lorsqu'il sera mis en œuvre par la plus Haute autorité, titulaire du pouvoir normatif institué par la Constitution de 1958.

Une telle hypothèse ne peut se réaliser que si le législateur dispose à cet égard de la plénitude de compétence en matière normative et ce, au détriment du pouvoir réglementaire "autonome" mis en place par l'article 37 du même texte fondamental. Pour compléter le tryptique, il faut ajouter qu'il appartiendra au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi, d'établir la jonction entre les deux propositions énoncées plus haut.

On arrive à la situation où le juge constitutionnel rétablira le législateur dans ces droits, entendu de manière extensive. Ce qui lui permettra à terme de veiller au bon respect des principes ou règles qu'il énonce. Sous réserve évidemment qu'il soit saisi dans les conditions prévues par l'article 61 alinéa 1 de la Constitution.

Pour apprécier la réalité d'un tel schéma, il faut envisager tout d'abord la problématique sous l'angle général et théorique (II). Mais avant d'examiner cet élément, il s'agit avant tout de s'interroger sur le fait de savoir qu'elles sont les autorités titulaires du pouvoir normatif qui, dans notre système juridique, sont susceptibles de faire rétroagir des dispositions textuelles indépendamment du caractère plus doux ou plus sévère, de leur contenu (I).

I - La compétence exclusive du législateur

A cette interrogation, la réponse est assez claire et elle résulte d'une décision du Conseil constitutionnel rendue dans le cadre de la procédure de délégalisation prévue par l'article 37 alinéa 2 de la Constitution (69-57 L du 24.10.1969, Rec. p. 32).

La Haute juridiction fut saisie le 15.10.1969, par le Premier Ministre, d'une demande tendant à l'appréciation de la nature juridique des dispositions de l'article 96 de la loi de finances n° 59-1454 du 29.12.1959, à l'exception de celles du troisième alinéa du paragraphe II dudit article.

Ce texte avait pour objet de dispenser d'une manière provisoire ou définitive, et dans les conditions qu'elles déterminent, les anciens élèves de l'École polytechnique, qui ont obtenu à leur sortie de l'École des rémunérations, des allocations ou des bourses pour travaux ou recherches scientifiques, de rembourser à l'État les frais de scolarité supportés par celui-ci à leur projet. Un alinéa de la loi précisait que ces dispositions étaient applicables aux anciens élèves de l'École polytechnique sortis en juillet 1959.

Dans un dernier considérant, le Conseil constitutionnel estime que cette disposition "a un caractère rétroactif, que par la suite, elle échappe à la compétence du pouvoir réglementaire" (§5). Et il termine, en déclarant dans l'article deux du dispositif de la décision que la disposition de l'alinéa 2 du

paragraphe II du même article 96 de la dite loi de finances, également soumise à l'examen du Conseil constitutionnel, a le caractère législatif.

Ainsi, la compétence normative pour mettre en œuvre la rétroactivité d'un texte est en quelque sorte verrouillée en faveur du législateur. La décision est assez explicite sur sa portée, désormais il appartiendra exclusivement au pouvoir législatif d'intervenir pour utiliser ce concept juridique. Cela fait passer le droit transitoire entre les mains des parlementaires français. Toutefois, une telle solution réclame quelques observations.

Tout d'abord, il faut préciser que cette décision constitue un minimum incompressible dont il est nécessaire de tirer toutes les conséquences normatives en matière d'application d'un texte dans le temps. De plus, le juge constitutionnel ne dit rien sur la nature des dispositions en question : pénale, civile ou commerciale. Mais compte tenu de la finalité de la procédure de délégalisation, il se contente uniquement d'en apprécier la portée dans le temps et d'en attribuer la compétence à un des pouvoirs normatifs constitués, sans toutefois se prononcer sur l'autorisation ou l'interdiction d'utiliser un tel procédé. La décision n° 69-57 L constitue un "passeport normatif" pour le législateur.

Dans un deuxième temps, il faut appréhender l'apport de cette jurisprudence en combinaison avec les décisions concernant les droits et libertés fondamentales qui vont jouer le rôle de guide dans l'intervention normative du législateur.

En droit constitutionnel transitoire, il en sera ainsi du principe de la rétroactivité "in mitius" qui va obliger le législateur à faire bénéficier le prévenu, non encore définitivement jugé, de la loi nouvelle pénale plus douce.

Se pose alors deux séries de questions. Comment faire pour assurer le respect d'une telle répartition des compétences lorsque le pouvoir réglementaire s'immisce dans un domaine qui appartient au législateur. A cela s'ajoute la problématique de la neutralisation d'une telle disposition, intervenue en matière pénale, qui refuserait d'appliquer une pénalité plus douce à un prévenu non encore définitivement jugé.

Pour pouvoir y répondre, il faut tenir compte dans un premier temps de la nouvelle répartition des compétences introduite par le nouvel ordonnancement issu de la Constitution de 1958 dont on verra plus loin qu'elle sera quelque peu modifiée.

Il existe deux types de règlements pris par le pouvoir exécutif, d'une part, le règlement dit "autonome" pris en vertu de l'article 37 alinéa 1 de la Constitution et, d'autre part, le règlement dit "d'application" ou "subordonné" chargé de mettre en œuvre la loi dont il est issu. De là découle une différence de contrôle de régularité selon la nature des règlements.

Ou bien, il s'agit d'un règlement autonome dont le contrôle est normalement un contrôle de constitutionnalité (CE 26.06.1959, Syndicat général des ingénieurs conseils, Lebon p. 394, GAJA 9° Édition Sirey 1990 n° 96 p. 569), ce qui n'est pas un contrôle de légalité (CE Ass. 27.02.1970 Dantan, Lebon p. 141). Bien plus, le Conseil constitutionnel ayant jugé dans le même sens qu'il n'y a en réalité qu'une seule catégorie de règlements derrière une dualité en définitive plus apparente que réelle et qui possède surtout des vertus pédagogiques (76-64 DC Rec. p. 21, Observations Favoreu et Philip RDP 1977 p. 466). Ou bien, il s'agit d'un règlement subordonné venant compléter la loi, et dans ce cas le contrôle demeure un contrôle de légalité.

De toute manière, quel que soit le point sur lequel il porte, le contrôle peut être réalisé par deux voies, aux effets différents. Il existe, d'une part, la voie d'action par laquelle l'acte fera l'objet, devant le juge administratif compétent, d'un recours pour excès de pouvoir. En cas d'illégalité ou d'inconstitutionnalité, le règlement est annulé par la juridiction administrative et, cette annulation produit un effet erga omnes à l'égard de tous. Dès lors, plus aucune poursuite ne sera valable sur la base de ce règlement (Cass Crim 5.02.1985, BC n° 61). Une telle solution contentieuse demeure d'application limitée dans la mesure où le prévenu aura rarement connaissance dans les temps (deux mois) d'un règlement qui lui refuserait la faveur des nouvelles pénalités qu'il institue en matière de contraventions.

Le contrôle de la régularité d'un tel règlement peut, toutefois, se faire par la voie d'exception. Ici l'illégalité ou l'inconstitutionnalité est invoquée devant le juge répressif à l'occasion d'une poursuite pénale. Dans cette hypothèse, l'action n'est plus enfermée dans un délai quelconque et ses effets diffèrent du cas précédent.

S'il est régulier, le règlement n'est pas annulé par le juge pénal (Cass Crim 7.11.1908 ; BC n° 427) pour cause de séparation des pouvoirs, mais il est seulement écarté des débats dans l'affaire considérée. Il pourra toutefois servir pour d'autres poursuites contre des tiers ou contre l'intéressé lui-même (W. Jeandidier, commentaire de l'article 4 du code pénal. Jurisclasseur Pénal).

Désormais, le juge répressif est à même de mieux apprécier la régularité de règlements contraire au principe de la rétroactivité "in mitius" et, d'annuler les effets jugés néfastes aux contrevenants. Mais dans la mesure où des sanctions pénales, raison d'être de l'acte administratif, sont en cause, il est d'autant plus intéressant de s'interroger précisément sur l'étendue du pouvoir du juge répressif en la matière.

Ce pouvoir, naturel si l'on fait référence à la maxime qui veut que le juge de l'action soit le juge de l'exception, ne heurte pas moins de front la sacro-sainte séparation des pouvoirs, d'où des divergences à son sujet entre jurisprudence administrative et judiciaire (ibid p. 15 § 33).

Dans son célèbre arrêt *Avranches et Desmarests*, le Tribunal des conflits fixe la teneur de pouvoirs de contrôle du juge répressif de façon étroite. En vertu de sa plénitude de juridiction, celui-ci peut interpréter les règlements administratifs et apprécier leur légalité. Et cela qu'ils servent de fondement à la poursuite ou qu'ils soient invoqués comme moyens de défense. Mais, il est incompétent pour apprécier la légalité des actes administratifs individuels, cette appréciation étant, sauf dans le cas de prescription législative contraire, réservée à la juridiction administrative en vertu de la séparation des pouvoirs (5.07.1951 Lebon p. 638 ; GAJA 9° Edition, n° 82 p. 465).

La position de la Chambre criminelle est essentiellement contenue dans les arrêts *Dame Le Roux* (Cass Crim 21.12.1961 BC n° 551), *Canivet* et *Dame Moret* (Cass Crim 1.06.1967 BC n° 172).

Dans la première de ces décisions, la Haute Juridiction déclare que le juge pénal a tous les pouvoirs pour apprécier la légalité des actes administratifs pénalement sanctionnés, tant réglementaires qu'individuels, pourvu qu'ils soient clairs et qu'il ne soit pas nécessaire de les interpréter. Dans la seconde, la chambre criminelle précise que le juge répressif ne peut apprécier la légalité d'un acte administratif individuel non pénalement

sanctionné, bien que de sa légalité dépende la solution du procès. L'arrêt Cauvet et Dame Moret atténue outre la portée de la jurisprudence Dame Le Roux en n'exigeant la condition de l'acte clair que pour les seuls actes administratifs individuels.

Une nouvelle évolution s'est par la suite manifestée avec deux arrêts rendus par la chambre criminelle, le 25.04.1895 dans les affaires Vuckovic et Bogdan, sur les conclusions conformes de l'avocat général Dontenweille (Dalloz 1985 p. 329 conclusions Dontenweille ; Dalloz 1986 chronique p. 169 L. Favoreu, "La Cour de Cassation, le Conseil Constitutionnel et l'article 66 de la Constitution").

Cette jurisprudence paraît abandonner la restriction traditionnelle apportée à la compétence du juge judiciaire à propos des actes administratifs individuels devant jusqu'à alors être pénalement sanctionnés. La Cour casse une décision de cour d'appel ayant appliqué sa jurisprudence et, elle affirme la vocation du juge judiciaire pour apprécier la régularité d'un contrôle d'identité. Désormais, le juge pénal pourra apprécier la légalité de tout acte administratif (réglementaire ou individuel) même s'il n'est pas pénalement sanctionné (L. Favoreu, chronique Dalloz 1986 op. cit. p. 174). Mais normalement, elle ne devrait s'appliquer que dans les cas d'atteintes à la liberté individuelle car le raisonnement de la Cour de Cassation s'appuie sur l'article 66 de la Constitution (ibid p. 174).

Ainsi, le juge pénal s'est doté des moyens nécessaires pour apprécier la régularité d'un acte quel que soit sa nature ou son contenu. Plus précisément, un règlement ne peut, en toute impunité, pénétrer dans l'ordre juridique interne ou du moins modifier de manière défavorable la situation juridique du contrevenant.

Si la rétroactivité "in mitius" cadre difficilement avec la liberté individuelle visée dans les arrêts de 1985, on doit tirer de ces décisions un enseignement se situant sur un autre plan. Il s'agit de l'application par la Cour de Cassation des décisions du Conseil Constitutionnel, qui ne peut que renforcer l'arsenal dont elle dispose déjà.

Dans l'étude qui nous concerne, il n'est pas exclu de voir un jour la Haute Juridiction Judiciaire s'inspirer de la technique employée dans les décisions Bogdan et Vuckovic, pour écarter l'espace d'un procès un règlement qui violerait le principe constitutionnel de la rétroactivité "in mitius". Une telle hypothèse est tout à fait concevable, car la Cour de Cassation a inauguré la solution avec la liberté individuelle tirée de l'article 66 de la Constitution. Ce mouvement jurisprudentiel n'est que la continuité du processus mis en œuvre et développé par le juge constitutionnel français en faveur de l'État de droit et de la protection des droits fondamentaux.

Reste à envisager le contenu du cadre général à travers le droit constitutionnel normatif.

II - Le cadre général : le droit constitutionnel normatif

La rétroactivité "in mitius", en tant que principe à valeur constitutionnelle doit être respectée par le législateur lorsqu'il adopte un texte plus doux en matière pénale. Dans ces conditions, la loi met en œuvre la Constitution sans la mettre en cause (L. Favoreu "La Constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale" Mélanges Vitu op. cit. p. 174).

Dès lors, on peut se demander, compte tenu de la nouvelle répartition des compétences introduite par la Constitution, quelle est l'étendue normative du législateur en ce domaine précis qui nous intéresse. La question est d'autant plus intéressante lorsque l'on connaît le nombre de fois où il est compétent pour légiférer.

Dans l'hypothèse où le domaine de la loi est important, corrélativement, lorsqu'il est saisi, le contrôle de constitutionnalité s'étend au fil des législations criminelles adoptées. Et ce, de manière à s'assurer du respect de la règle énoncée par lui. On pourra rencontrer la situation inverse, si le domaine législatif est réduit à la liste limitativement énumérée par l'article 34 de la Constitution.

Du choix de cette alternative, il en découlera une série de conséquences sur la valeur du principe de la "lex mitior", dont le législateur aura à connaître chaque fois qu'il est compétent. Les premiers exégètes du texte fondamental avaient dirigé leurs analyses en direction de la seconde branche de l'alternative et ce, compte tenu de la nouvelle répartition des compétences normatives issue des articles 34 et 37 de la Constitution de 1958. Il s'avère que la "révolution" juridique annoncée par ces articles n'a pas eu lieu et que les relations entre la loi (34) et le règlement (37) n'avaient pas fondamentalement changé par rapport à ce qu'elles étaient dans la tradition juridique française (L. Favoreu, "Les sources normatives secondaires en droit français", Colloque de Florence des 12 et 13 Mai 1989 sur les sources normatives secondaires en droit comparé ; à paraître). Bien plus, on remonte d'un cran vers le haut dans la mesure où le domaine de la loi se définit aussi par rapport à la Constitution (L. Favoreu, *Mélanges Vitu* op. cit. p. 175). Une telle présentation est d'autant plus concevable depuis que la Constitution a introduit un contrôle de constitutionnalité (Titre VII).

Il reste que la structure initiale ou de "1958", selon l'expression du Doyen Favoreu, a subi quelques bouleversements. Et la répartition tranchée entre loi et règlement n'a pas été ce qu'elle aurait dû être selon les premiers commentateurs de la Constitution. Désormais, on assiste à une neutralisation des articles 34 et 37 de la Constitution, ce qui aura pour conséquence de remettre à sa place le pouvoir réglementaire ordinaire.

D'une part, le règlement n'a plus un domaine réservé, et ce malgré la présence du juge constitutionnel chargé de veiller au respect de la frontière entre les deux domaines normatifs. Ce dernier a estimé, que le non respect de la répartition des compétences par le législateur ne constitue pas une inconstitutionnalité (82-143 DC du 30-07-1982 Blocage des prix et des revenus Rec. p. 57 § 11 ; GDCC n° 35 p. 539). Il est à noter aussi que les mécanismes mis en place par la Constitution (art. 41 et 37 al 2), pour permettre au gouvernement de préserver son domaine, ont été très peu utilisés.

D'autre part, le règlement autonome ne correspond plus à la présentation proposée par le Professeur Chapus, faisant valoir qu'ils pouvaient être directement soumis à la Constitution sans être nécessairement au même niveau que la loi (Dalloz 1960 chronique p. 119 : "De la soumission au droit des règlements autonomes"). La nouvelle conception lui impose le respect de la loi sous peine d'être invalidé. En effet, pour le Doyen Favoreu, dans une étude prospective sur dix ans des jurisprudences administratives et constitutionnelles, il apparaît tant pour le Conseil Constitutionnel que le Conseil d'État que les règlements (quels qu'ils soient

et même s'ils peuvent être considérés comme autonomes) doivent respecter les lois qui envahissent de plus en plus le domaine qui leur était réservé. Par conséquent, tout comme les règlements d'exécution des lois, les règlements autonomes doivent être conformes aux lois : le régime contentieux des deux types de règlement est donc le même ("Les règlements autonomes existent-ils ?" Mélanges Burdeau, LGDJ 1977 p. 405-420; "Les règlements autonomes n'existent pas" RFDA 1987, p. 870-884).

On assiste au même phénomène avec la procédure des ordonnances de l'article 38 de la Constitution, qui autorise le gouvernement, sur habilitation législative, à intervenir dans le domaine de la loi. Avec la neutralisation de l'article 38, cette fois, c'est le pouvoir réglementaire exceptionnel qui est sévèrement encadré (L. Favoreu, "Les sources normatives secondaires" op. cit. à paraître).

Sans retracer le cadre procédural de l'adoption des ordonnances de l'article 38, nous signalerons une des étapes les plus importantes qu'a connu l'évolution de ce mécanisme de délégation législative et ce, au début de la nouvelle alternance au printemps 1986.

Avec le vaste programme de privatisation que le nouveau gouvernement voulait adopter par voie d'ordonnances, celui-ci déposa un projet de loi d'habilitation. Une fois adoptée, celle-ci fut déferée à l'examen du Conseil Constitutionnel par la nouvelle opposition socialiste. Cette décision du juge constitutionnel fut très attendue par la doctrine, dans la mesure où traditionnellement, les lois d'habilitation ne comprenaient que quelques indications sur les matières concernées par la délégation et se caractérisaient par la brièveté et la concision élliptique de leurs dispositions (ibid).

La décision rendue les 25 et 26 juin 1986, dépassa largement ce que l'on pouvait attendre en matière de contrôle de constitutionnalité des lois d'habilitation. Avec cette jurisprudence de principe, on se trouve dans la situation où la constitutionnalité d'une habilitation peut être conditionnée (pour éviter la sanction d'une incompétence négative) par un énoncé par le législateur des pénalités que doit respecter l'autorité administrative dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés (J.-Y. Cherot, "Les formulations d'objectifs dans le contrôle de constitutionnalité des lois en France", *Revue de Recherche Juridique, Droit prospectif*, PUAM 1989, p. 901).

Il en résulte un changement dans la nature du contrôle du Conseil Constitutionnel qui se renforce considérablement par l'utilisation de la technique de la conformité sous réserve incluse dans le dispositif de la décision. De cette rigueur, l'avenir de ce mécanisme normatif risque d'être compromis en faveur d'un retour à la procédure classique de la loi ordinaire suivie de décrets d'application.

Le législateur est rétabli quasiment dans une plénitude de compétence, s'il veut pleinement utiliser les instruments juridiques fournis par la Constitution et interprétés par le Conseil Constitutionnel.

Pour en arriver à ce dernier point, on ne peut manquer de signaler une technique développée récemment par le juge constitutionnel dans sa jurisprudence.

La théorie de l'incompétence négative exige du législateur qu'il utilise toute sa compétence et qu'il ne renvoie pas trop largement au pouvoir réglementaire, faisant respecter ce qui est appelé à l'étranger la réserve de la loi (GDCC n° 15 p. 194 § 21 et suivants).

Globalement, une telle construction prétorienne se situe dans la logique de l'État de droit que le juge constitutionnel français s'est efforcé de développer depuis une vingtaine d'années avec la célèbre décision du 16.07.1971 "Liberté d'association" (71.44 DC Rec. p. 29 GDCC n° 19 p. 231). Corrélativement, cela conduit la Haute juridiction à renforcer son contrôle sur les dispositions soumises à son examen. Une telle solution ne signifie nullement que le "mythe de la loi" ait été rétabli. Bien au contraire, il s'agit de maximiser quantitativement les interventions législatives de manière à s'assurer vraiment qu'il ne peut plus tout faire. La "sacralisation de la loi" telle qu'elle était conçue sous la III^e et IV^e République est bien tombée. On lui a substitué une loi d'une autre nature qui qualitativement doit être la meilleure possible et, compte tenu des précédents jurisprudentiels en matière des droits et libertés fondamentales. Reste à envisager dans un chapitre suivant la protection sur le plan international.

CHAPITRE II - UNE FICTION SUR LE PLAN INTERNATIONAL

L'après guerre a été marquée par une internationalisation des droits de l'homme où déclarations, proclamations et tout autre document de ce genre se sont succédés d'une manière assez régulière.

Les unes de caractère universel ; c'est le cas de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10-12-1948, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16-12-1966, du Pacte international aux droits économiques, sociaux et culturels du 16-12-1966.

Les autres de caractère régional; on citera principalement la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales du 4-11-1950, et accessoirement la Charte Sociale Européenne du 18-10-1961.

La matière pénale n'est pas ignorée par ces textes, et pour cause, une attention particulière lui est réservée au regard du caractère restrictif que peut apporter le droit pénal aux libertés surtout quand celles-ci font l'objet de peines privatives. C'est ainsi, par exemple, que l'on retrouve formulé le principe de la légalité des délits et des peines dans le Pacte international relatif aux droits civils et politique de 1966 (PIDCP) et, dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme de 1950 (CEDH).

Pour l'étude qui nous concerne, le degré de prise en compte du principe de la rétroactivité "in mitius" est différent selon que l'on se situe sur le plan universel ou régional. Plus efficace dans le cadre du Pacte de 1966, il n'en demeure pas moins limité à une subsidiarité effective par rapport à la force constitutionnelle du principe tel qu'il a été formulé dans la décision "Sécurité et Liberté" (Section I).

Inexistant, dans les différents textes formant le mécanisme de protection de la CEDH, à tel point, que l'on peut parler d'inefficacité exprimée. Et ce par référence à la jurisprudence développée par les instances juridictionnelles prévues par ce texte conventionnel (Section II).

SECTION I - UNE SUBSIDIARITÉ EFFECTIVE DU PIDCP

Si on a pu parler d'efficacité, c'est parce que le PIDCP consacre dans ses articles une disposition relative à la "lex mitior". Ainsi donc, l'article 15-1 du traité dispose que : "nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le Droit national ou international, au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle applicable au moment où l'infraction a été commise. Si postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier".

Outre la consécration de la règle "nulla poena, sine lege" et du principe de non rétroactivité des lois pénales, il est fait à la rétroactivité "in mitius" une place de choix, c'est dire l'importance de cette notion en matière de protection des droits de l'homme. Toutefois, la proclamation du principe prend toute sa valeur, mais elle emprunte la voie de la subsidiarité. Cela tient essentiellement à trois raisons. D'une part, on constatera la faiblesse du mécanisme de protection internationale (I). D'autre part, le juge pénal refusera d'appliquer la supériorité du traité de 1966 (II). Enfin, sa préférence ira plutôt vers la protection constitutionnelle (III).

I - La faiblesse du mécanisme de protection internationale

Dans le cadre du Pacte de 1966, que le Professeur Rivero appelle "libertés traditionnelles" ("Libertés publiques", PUF 1987 T.1, p. 284), la protection est confiée à un Comité des Droits de l'Homme (art. 29 du PICDP). Celui-ci est composé de 18 membres élus par les États ayant ratifié le Traité international.

Devant cette instance non juridictionnelle, on retrouve deux types de procédures qui peuvent être mises en œuvre pour pallier les attentes aux droits proclamés. D'une part, il s'agit des communications étatiques prévues à l'article 41 du Pacte qui institue un mécanisme de contrôle laissé à l'initiative des États et conduisant à une conciliation devant le Comité des Droits de l'Homme. Mais à ce stade, le rapport et les recommandations ne s'imposent pas aux parties (Rivero, "Libertés publiques" op. cit. p. 284).

D'autre part, le droit au recours individuel n'est reconnu qu'à titre optionnel, sous forme d'un protocole additionnel entré en vigueur le 23-03-1976 (F. Sudre, "Droit international et Européen des Droits de l'Homme", PUF-Droit fondamental 1989, p. 261). Dans ce cas, le Comité ne peut même pas adresser à l'État accusé une "recommandation" : il ne peut que lui faire part de "constatation".

Il est à signaler toutefois, que ce mécanisme a été introduit en France par la loi du 23-12-1983 (JO p. 3731) qui a permis l'adhésion au protocole facultatif permettant les recours individuels.

Nonobstant, l'existence de mécanisme de contrôles, le système du Pacte est donc d'une extrême faiblesse. Les conditions, restrictions et précautions destinées à rassurer la susceptibilité des États abondent, et le contraste entre la lenteur, la lourdeur et la complexité des procédures et la ténuité de leur résultat pratique éventuel, peut décourager (ibid p. 285).

L'efficacité annoncée dans le corps de l'article 15-1 se trouve anéanti pour des raisons éminemment politiques. En effet, les États restent jaloux de

leur souveraineté, et acceptent difficilement de la soumettre à un contrôle international dans le domaine particulièrement sensible des atteintes aux droits de l'homme.

Dans un point suivant, nous envisagerons la situation où le juge pénal, bien que disposant de moyens juridiques, refuse d'assurer la supériorité du PIDCP.

II - Le refus de juge pénal d'assurer la supériorité du Pacte international

En effet, l'article 15-1 du Pacte de 1966 ouvert à la signature à New-York est entrée en vigueur à l'égard de la France le 4-02-1981. Par conséquent, l'article 55 de la Constitution, qui prévoit que les traités ont une autorité supérieure à celle des lois, incorpore avec force allégoire le PIDCP dans l'ordonnement juridique Français. Cette supériorité des traités a été complétée par la jurisprudence du Conseil Constitutionnel qui adresse, en quelque sorte, des directives aux ordres de juridictions pour assurer l'autorité des conventions par rapport aux lois (74-54 DC du 15-01-1975 "IVG" Rec. p. 19 GDCC n° 23 p. 277).

Déjà dans cette décision, le juge constitutionnel adopte une interprétation de l'article 55 qui autorise les juridictions ordinaires à appliquer, elles-mêmes, l'article 55 et donc à faire prévaloir, cas pour cas, le traité sur la loi, même postérieure (L. Favoreu, note sur l'arrêt Nicolo CE 20-10-1989 - RFDA 1989 p. 994).

La juridiction judiciaire répondit par l'affirmative avec la non moins célèbre jurisprudence "Société des Cafés J. Vabres" (24-05-1975), Dalloz 1975 p.497 conclusions Touffait ; RDP 1975, commentaire Favoreu et Philip, p. 1335).

Il fallut attendre l'arrêt Nicolo du Conseil d'État (Assemblée du 20-10-1989) pour que le juge administratif s'aligne sur la position du juge "privé". Cette position n'a pu être obtenue que grâce à l'insistance du Conseil Constitutionnel, qui dans ces décisions utilisait la formule suivante : "Il appartient aux divers organes de l'État de veiller à l'application de conventions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives". (86-216 DC du 30-12-1986 Rec. p.135 ; 89-268 DC du 29-12-1989 JO du 30-12-1989). On arrive à la situation où les juges ordinaires font référence à l'interprétation habilitation de l'article 55 par le Conseil Constitutionnel (L. Favoreu, RFDA 1989 op. cit. p. 994).

Dans ces conditions, les juridictions pénales ont à leur disposition un arsenal juridique pour assurer la supériorité des traités. Concrètement, on se trouve devant la possibilité de faire prévaloir, la rétroactivité "in mitius" en refusant de donner effet à une loi pénale qui, par une disposition expresse, exclurait de son domaine d'application les infractions commises avant son entrée en vigueur (A. Huet, "Une méconnaissance du droit international : à propos de la rétroactivité "in mitius" JCP 1989 I n° 3293).

Quant au contenu de la loi, cela ne doit pas faire obstacle à ce que l'article 15-1 s'applique au domaine économique. Le texte conventionnel ne fait pas de distinction quant aux matières visées. Il n'y a pas lieu de dénaturer la volonté des parties à la convention.

Il reste que s'il existe un moyen pour assurer de manière efficace l'application du principe de la "lex mitior", le juge pénal se refuse de pénétrer dans cette voie, et cela peut se démontrer d'un point de vue statistique.

Ainsi, nous retrouvons la deuxième expression de notre titre : c'est-à-dire, le caractère effectif de la subsidiarité. Il se matérialise par le fait que le juge répressif ne s'est jamais référé, dans les arrêts qu'il rend, au PIDCP, lorsqu'il est amené à trancher des questions où la rétroactivité "in mitius" est en cause.

Ce constat de carence a fait l'objet de vives critiques de la part de la doctrine qui milite en faveur d'une application tout "azimut" du principe énoncé dans le Pacte de 1966, et ce au détriment du principe constitutionnel (A. Huet, JCP 1987, op. cit. n° 3293). Cela rend bien compte d'une certaine désuétude vis-à-vis du Pacte, par une absence de référence à ce texte.

Une telle hostilité à l'application d'une convention internationale peut se comprendre dans la mesure où le juge pénal ne se trouve pas en présence de l'unique texte proclamant ce type de protection.

La possibilité de choix qui est offerte à l'autorité juridictionnelle sera toujours un argument qui justifiera une telle attitude vis à vis d'un traité. C'est dans ces conditions que la préférence du juge ira vers la protection constitutionnelle

III - La préférence pour une protection constitutionnelle

Nonobstant l'argument statistique, le lecteur peut se demander s'il n'y a pas une contradiction entre d'une part, la formulation du titre, et d'autre part, les éléments qui viennent d'être développés et tendant à démontrer que le juge dispose des moyens juridiques pour faire échec à l'application d'une loi qui méconnaîtrait le principe de la "lex mitior". En réalité, il n'en est rien car cela tient à l'existence, à côté du Pacte de 1966, d'un bloc de constitutionnalité dont le Conseil est l'initiateur, et ce malgré les critiques qui lui ont été adressées sous l'expression du "gouvernement des juges".

Somme toute, le problème se ramène à la question suivante : entre la protection constitutionnelle et la protection internationale, laquelle des deux le juge pénal va-t-il avoir recours pour donner à la rétroactivité "in mitius" toute sa valeur. Et là, nous voulons raisonner en terme de subsidiarité pour démontrer que, malgré l'affirmation de la "lex mitior", le PIDCP demeure lettre morte dans son application, et ce, en faveur de la jurisprudence constitutionnelle. L'emploi du terme "subsidaire" ne se comprend que par rapport à un élément principal et un élément accessoire. Ce dernier, dont nous avons démontré la potentialité limitée est systématisé par le PIDCP de 1966. Son caractère restera invariable si le principal, c'est-à-dire le bloc de constitutionnalité, est en mesure d'apporter des éléments de protection plus importants et renforcés par rapport à ceux proposés par le texte international. Et là, nous retombons dans la problématique de la concurrence entre différentes protections juridictionnelles tant sur le plan interne qu'international (voir en ce sens L. Favoreu, "La protection juridictionnelle des Droits de l'homme" 2e Congrès Mondial, Paris-Aix en Provence 31.08 au 5.09.87).

Du moins, il faut rectifier les données du problème à propos du Pacte de 1966 car aucun organe juridictionnel n'a été institué pour assurer pleinement le respect de ces droits fondamentaux, à l'instar du mécanisme

prévu par la Convention européenne des droits de l'homme. Manque alors un élément de la comparaison, c'est-à-dire la juridictionnalisation de l'instance chargée du contrôle. Elle se contente uniquement de formuler des directives de caractère général et sans véritable force juridique obligatoire.

Cette absence apporte un premier argument en faveur de la subsidiarité du Pacte. De plus, le fait que les décisions ne soient pas revêtues de l'autorité de chose jugée, laisse planer un doute sur l'efficacité et sur la prise en compte des interventions du Comité des Droits de l'homme. Le juge pénal peut être sensible à une telle situation. La subsidiarité ne doit pas s'entendre uniquement par rapport au contenu des droits proclamés, mais aussi en tenant compte des garanties mises en œuvre pour leur assurer une effectivité. Le droit juridictionnel n'est pas exclu, bien au contraire, il en est un des éléments essentiels qui, s'il n'existait pas, rendrait inutile toute déclaration de droits.

Une comparaison est possible avec ce que l'on rencontre dans le cadre de la protection constitutionnelle. Ici, on voudrait envisager plus particulièrement l'autorité qui s'attache aux décisions rendues par le Conseil constitutionnel. Non seulement, elles sont visées à l'article 62 de la Constitution de 1958, ce qui ne laisse subsister aucune incertitude sur la valeur de ces décisions. Mais aussi, elles font l'objet d'une interprétation de la part du Conseil qui en fixe l'étendue et la force (GDCC n° 13 p. 159 : 62-18 L du 16.01.1962 Loi d'orientation agricole). Cela va leur donner une valeur obligatoire dépassant celles du Comité des Droits de l'Homme. Tout ceci constitue un impact psychologique qui peut influencer le juge pénal lorsqu'il va prendre sa décision.

Reste que le caractère subsidiaire s'apprécie également et principalement au regard du contenu de chaque déclaration de Droits. Si on se penche sur le contenu du Pacte de 1966, il ne fait pas de doutes que le principe de la rétroactivité "in mitius" y est affirmé sans aucune ambiguïté. Mais ce même principe a fait l'objet d'une consécration constitutionnelle. Le juge ne s'est pas contenté que de cela, il a défini aussi un domaine d'application à travers différentes décisions. Ce qui a permis de mettre à la disposition du juge pénal un ensemble de règles cohérentes et répondant à un objectif précis de protection.

On ne retrouve pas cela dans le cadre de la Convention sur les droits civils et politiques. De maigres références en perspective, un texte rédigé en des termes généraux, et en cas d'atteinte des recommandations investies uniquement d'une obligation morale. De plus, rien ne nous permet d'affirmer que l'article 15.1 du PIDCP est plus favorable, ce qui autoriserait à écarter la protection constitutionnelle française. Le caractère favorable ne se mesure pas au nombre de situations gérées. En l'occurrence, le Pacte de 1966 en viserait un maximum, de par sa généralité.

Le critère quantitatif doit faire place au critère qualitatif, c'est à dire au comportement incriminé qui mérite d'être traité de la manière la plus protectrice possible.

C'est la pensée qui a animé le juge constitutionnel français en admettant la rétroactivité de textes pour lesquels n'étaient pas directement en cause des droits et libertés fondamentales. Le Conseil répond à une certaine dynamique, même s'il ne lui appartient pas de se substituer à la volonté du législateur. Il doit opérer certaines conciliations avec des principes de même

valeur, tout en comportant une limite lorsque la personne humaine est concernée au premier chef. Dans ces conditions, il fera prévaloir le principe constitutionnel qui se présentera comme le plus favorable au prévenu. En l'espèce, l'application de la "lex mitior" pour des faits incriminés et non définitivement jugés. Inversement, il permettra au législateur, pour des raisons d'intérêt général, de faire rétroagir des dispositions d'une loi lorsque celle-ci ne mettent pas en cause de loin ou de près un droit constitutionnellement protégé en matière pénale. C'est à dire lorsque les pouvoirs publics législatifs préconiseraient un système répressif néfaste pour l'individu. Le Conseil constitutionnel autorise une marge de manœuvre surtout lorsque sont en jeu des impératifs économiques qui ne nécessitent pas une vigilance particulière de sa part.

En tout état de cause, le juge répressif, dans le cadre de son pouvoir jurisprudentiel, reste maître de la situation. Compte tenu de ces quelques développements, son choix se portera vers des normes ou principes dont la souplesse lui permettront d'assurer sa fonction jurisprudentielle spécifique. Seule la jurisprudence constitutionnelle est en mesure de lui fournir ces instruments juridiques dont les contours ont été définis de manière précise.

Le juge judiciaire n'étant pas juge de la constitutionnalité des lois, il doit répondre néanmoins à un certain objectif qui est celui de prendre en compte l'évolution du groupe social dans son acception la plus large. Là aussi, le droit constitutionnel jurisprudentiel est présent pour lui apporter toute l'aide dont le juge pénal a besoin pour lui permettre non seulement de donner aux législations en matière économique tout l'impact juridique pour lesquelles elles ont été conçues. Mais aussi, pour encadrer ces derniers dans les principes que le Conseil a dégagé dans ces décisions à propos de la rétroactivité "in mitius".

De là, se dégage une ambiance favorable à l'utilisation de la voie constitutionnelle. Le juge pénal peut rendre compte de son double rôle : action répressive et protection fondamentale qui ne sont pas exclusives l'une de l'autre.

A ce stade du raisonnement, on pourrait nous objecter que cela n'apparaît pas expressément dans les arrêts par la Cour de cassation.

La critique ne tient pas, et il suffit pour s'en convaincre de se reporter à la chronique du Doyen Favoreu dans laquelle il démontre de manière fort convaincante la prise en compte par la Haute Juridiction judiciaire des décisions du Conseil constitutionnel ("La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et l'article 66 de la Constitution", Dalloz 1986 p. 169). Le raisonnement qui a prévalu pour la liberté individuelle, peut se retrouver sans difficulté pour l'application de la "lex mitior". Dès lors, le juge judiciaire français prendra en considération les bases constitutionnelles des divers droits comme le font les juges américains, allemands, italiens, autrichiens, espagnols aujourd'hui; il y aura une mutation de ces droits qui sera sans doute accompagnée sinon encouragée par les réformes législatives visant à mettre en harmonie le droit positif avec les exigences constitutionnelles (op. cit. p. 169).

On retrouve également ce dynamisme du juge judiciaire à propos des perquisitions fiscales pour lesquelles plusieurs décisions du juge constitutionnel sont intervenues (GDCC n° 36 p. 555 à propos de la décision 83-146 DC du 29.12.1983 Rec p. 67). On est en présence d'un vaste mouvement de l'évolution de l'attitude de la Cour de cassation. Conjugué aux

faits qu'en matière de droits fondamentaux, c'est la protection nationale qui est principale, et la protection internationale qui est subsidiaire ou garantit un "minimum irréductible" (L. Favoreu, "La protection juridictionnelle des Droits de l'homme", op. cit. p. 32).

Il reste que cela est d'autant plus souhaitable quand on sait que la Convention européenne des droits de l'homme est d'une inapplicabilité exprimée.

SECTION II - L'INAPPLICABILITÉ EXPRIMÉE DE LA CEDH

La Convention de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est le type même de déclaration de caractère régional qui fait de celle-ci un modèle très intégré. De plus, par les institutions juridictionnelles et politiques qu'elle génère, la Convention demeure l'exemple le plus accompli de protection internationale des droits de l'homme, un modèle au surplus révolutionnaire par rapport aux conceptions classiques du droit international, puisque dans les limites des droits définis, elle tend à instaurer un contrôle "supra-nationale" des actes et organes étatiques, le plus souvent à l'initiative des individus, jugés de la sorte en véritable sujet de droit international (Cohen Jonathan, "la CEDH" op. cit. p. 9).

Toutefois, le tableau qui vient d'être dressé mérite d'être relativisé et ce par rapport à la liste des droits garantis dans la Convention. Si celle-ci envisage un éventail important de libertés fondamentales protégées, le principe de la rétroactivité "in mitius" n'est pas au nombre de celles que les États membres ont décidé d'inclure dans le traité initial ou ses différents protocoles additionnels. Ainsi donc, ce texte conventionnel se trouve par cette absence, limité dans son application (I). On aurait pu espérer que les organes juridictionnels, mis en place par le texte, introduisent le principe de la rétroactivité "in mitius" par une interprétation audacieuse des dispositions de la Convention pour compléter de manière prétorienne les droits proclamés par la Convention. La réalité a été différente, et la règle de l'application de la loi nouvelle plus douce fut écartée par la Commission (II).

I - Un texte limité

Le droit pénal trouve largement sa place dans les différents textes composant le mécanisme de protection européen. Mais la disposition essentielle demeure l'article 7.1, inscrit dans le corps même de la Convention. Il est prévu que "nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise".

De cet ensemble découle deux principes de droit pénal dont l'importance ne cesse de croître tant dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission, que dans les Constitutions et législations des États membres du Conseil de l'Europe. Il s'agirait, d'une part de la règle de la légalité des délits et des peines exprimée par l'adage "nullum crimen, nulla poena, sine lege". Il implique, pour qu'il soit respecté, que les dispositions pénales ne soient pas formulées de manière vague et imprécise (N n° 5493.72 Recueil

des décisions de la Commission européenne des droits de l'homme, volume n° 45 p. 23,48 et 49).

D'autre part, on retrouve le principe de la non rétroactivité des lois pénales plus sévères, comme corollaire de la règle de la légalité des délits et des peines. La Chambre Criminelle n'hésite pas à faire référence à cette disposition pour résoudre un conflit de lois dans le temps (Cass crim 5.06.1980, BC n° 178 p. 453).

On ne peut pas en dire autant à propos du principe de la rétroactivité des lois pénales nouvelles plus douces. La Convention européenne a passé sous silence cette règle, qui a pourtant autant d'importance que le principe de non rétroactivité. Une telle absence ne se comprend d'autant moins que ce principe ne date pas d'hier et qu'il n'a jamais suscité, sauf circonstances exceptionnelles, d'hostilité de la part des auteurs, des juridictions ou du législateur national. On regrettera cette carence dans la mesure où l'intervention d'un texte nouveau plus doux peut être une garantie fondamentale à voir sa situation pénale mieux traitée. Lui dénier cette garantie, c'est anéantir l'ensemble du système de protection dont la Convention européenne et ses instances officielles se sont données pour objectif d'assurer.

Intellectuellement, il est difficilement concevable que le mécanisme protecteur mis en œuvre par l'article 7.1 ne soit pas allé jusqu'à maturation en y intégrant le principe de la rétroactivité "in mitius". La préservation des libertés fondamentales, en matière criminelle, ne peut se comprendre que comme un ensemble composé de trois éléments indissociables : la légalité des délits et des peines, la non rétroactivité des lois pénales plus sévères, et la règle de la "lex mitior".

Pourtant, les organes prévus par la Convention n'ont pas fait preuve d'audace et ont écarté le principe.

II - Un principe écarté

Compte tenu de la procédure instituée par la Convention européenne, les requêtes individuelles ou étatiques débutent par un examen de la recevabilité effectué par la Commission européenne des droits de l'homme. Et c'est à ce niveau là, que cette instance a estimé que l'article 7.1 ne consacre pas la "lex mitior".

En effet, la Commission s'est prononcé sur les faits suivants dans une décision X c.RFA (requête n° 7900.77 du 6.03.1978 DR 13 p. 70). En avril 1975, l'administration fiscale prononça contre le requérant, une amende de 500 DM pour avoir exercé une activité de conseiller fiscal sans avoir les qualifications exigées par l'article 107.a du code des impôts.

Le requérant a fait aussitôt opposition. En juin 1979, l'article 107(a) du code des impôts fût abrogé avec effet au 1er juillet 1975. Néanmoins, le tribunal d'instance confirma l'amende en 1976. Le pétitionnaire se plaignit d'avoir été condamné par le tribunal, bien qu'une loi, entrée en vigueur depuis son opposition à l'amende, ait autorisé une partie des actes de conseil fiscal qu'il lui était requises. Il allègue à cet égard la violation de l'article de la Convention et se réfère à l'article 15 du Pacte de 1966.

La Commission rejette totalement l'argumentation du justiciable en estimant que : "contrairement à l'article 15.1 in fine du PIDCP, l'article 7 de la

Convention ne garantit aucun droit à l'application de la loi pénale plus favorable en cas de modification postérieure à la commission de l'infraction".

Nous signalons néanmoins le raisonnement suivi par la Commission pour qui "le Pacte de 1966 vise d'ailleurs une hypothèse différente en garantissant au délinquant le droit de bénéficier de l'application d'une peine plus légère prévue par une loi postérieure à l'infraction". Par là, on arrive à établir une distinction entre les lois de pénalités et les lois d'incriminations. Les premières sont consacrées par le Pacte de 1966 dont la Commission semble en faire une interprétation restrictive en les limitant aux peines. Ceci permettrait dans une affaire où est en cause une incrimination, abrogée ou modifiée de manière favorable, de faire échec au principe de la rétroactivité "in mitius" parce que le seul texte de référence traite d'une hypothèse différente. La Commission s'en tient plus à la lettre qu'à l'esprit du texte de 1966, ce qui lui fait perdre une partie de ses potentialités protectrices.

Il aurait été intéressant de voir l'attitude de la Commission face à une requête où, d'un côté comme de l'autre, on se trouvait en présence de lois de pénalités. Il est vrai qu'il existe une distinction entre incrimination et pénalité, car juridiquement cela vise dans une hypothèse un comportement et, dans l'autre, une sanction. En réalité, elle demeure artificielle quand on se situe sur le plan de la protection des droits fondamentaux. L'adoucissement d'une peine ou l'abrogation ou la modification d'une incrimination ont pour conséquences toutes deux d'améliorer la situation juridique du prévenu. Le refus d'appliquer le principe de la rétroactivité "in mitius" rend compte de l'embarras de la Commission face à des hypothèses qui n'ont pas été prévues par la Convention européenne.

Une nouvelle difficulté apparaît quand on sait que l'affaire traitée par la Commission se situe dans le domaine du droit pénal économique, même si cela ne ressort pas clairement de la décision.

L'exercice illicite d'une profession, plus particulièrement celle de conseil fiscal, fait partie de ces infractions prévues par le législateur en vue d'assurer à cette activité un plein épanouissement dans la sphère du droit des affaires. La réglementation vise, d'une part, à éloigner les individus dont les compétences professionnelles sont douteuses, et d'autre part, à laisser la place à ceux dont les capacités sont fiables et porteuses pour l'économie nationale. Il semblerait donc, que l'on refuse d'appliquer le principe de la "lex mitior" dans cette matière. On retrouverait la même dynamique que celle qui animait les juridictions françaises pendant les périodes qui précédèrent les deux guerres mondiales (voir infra: Titre II, chapitre I).

Une autre distinction fait surface, entre le droit pénal général et le droit pénal économique, pour laquelle seul le premier se verrait appliquer la règle de la rétroactivité "in mitius" dans les conditions communément admises. On en revient à l'application de la législation en vigueur du moment où les faits ont été commis et même si celle-ci est plus sévère que la suivante. L'abrogation d'une incrimination ne semble pas gêner la Commission qui estime "qu'au moment où elle a été commise, l'action du requérant constituait une infraction d'après le droit national au sens de l'article 7.1, en sorte que le grief est manifestement mal fondé au sens de l'article 27 paragraphe 2". Ce nouvel élément ne semble pas clarifier le débat. Ceci tend à démontrer une fois de plus la faiblesse du raisonnement de la Commission, pour justifier de

l'absence dans le corps de la Convention d'une disposition consacrant la "lex mitior". Ce qui expliquerait de surcroît son refus de vouloir l'appliquer.

D'une distinction fragile vers une différenciation de domaine d'application, telles ont été les maigres arguments développés. On était en droit d'attendre un peu plus d'audace de la part de la Commission suivi de près par la Cour européenne pour introduire la règle de la rétroactivité "in mitius" et de ce fait, compléter le vide conventionnel. Une telle possibilité n'est pas à exclure, bien au contraire. On peut illustrer cela d'un exemple tiré du domaine de la protection du droit de propriété tel qu'il est visé par l'article 1 du protocole n° 1, additionnel à la Convention de 1950. La deuxième phrase de l'alinéa 1 dispose que : "nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international". Par conséquent, trois conditions sont nécessaires pour qu'il y ait privation de propriété. Toutefois, la Commission et la Cour en rajoute une quatrième, le droit à une indemnité : l'article 1 exige implicitement, en règle générale, le versement d'une compensation pour priver quiconque, relève de la juridiction d'un État contractant" (affaire Litgow et autres 8.07.1986 série A n°102 §120).

Ce qui vaut pour le droit de propriété peut être envisageable pour résoudre les problèmes de conflit de lois dans le temps, surtout lorsqu'on est en présence d'une loi nouvelle plus douce.

Si la privation de ses biens mérite une compensation financière, en matière pénale une détention allégée ou supprimée ne doit pas faire hésiter le juge européen. Pour l'instant, il n'en est rien et l'on comprendra la préférence pour une protection constitutionnelle française.

Reste qu'il apparaît certaines difficultés lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre le principe de la "lex mitior" par les juridictions répressives.

FIN DE LA PREMIÈRE PARTIE

ADDENDUM

Nous tenons à apporter une précision de nature jurisprudentielle qui n'a pas pu être prise en compte lors de la rédaction de cet article. En effet, à l'époque où la décision a été rendue, l'étude qui vous est présentée, était entièrement terminée. Toutefois, on peut faire les observations suivantes sur sa portée.

Le Conseil constitutionnel, dans une décision 90-277 DC (JO du 27/07/1990, p. 9021 du 25/07/1990 sur la loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des impôts directs locaux, a estimé que "dans les domaines de sa compétence, il est du pouvoir du législateur, sous réserve de l'application immédiate des mesures répressives plus douces, de fixer les règles d'entrée en vigueur des dispositions qu'il édicte ; que s'il lui est loisible de laisser au gouvernement la faculté de fixer la date à laquelle entreront en vigueur ces dispositions, il ne peut, sans méconnaître la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution, lui conférer sur ce point un pouvoir qui n'est assorti d'aucune limite".

L'intérêt de cette décision porte sur deux points. D'une part, elle touche à l'incompétence négative dans le domaine des droits fondamentaux, et plus particulièrement celui de la rétroactivité en matière pénale. On retrouve la motivation du juge constitutionnel dans la décision "Réseaux câblés", qui dit que le législateur ne peut pas, s'agissant d'une liberté, renvoyer au pouvoir réglementaire. Il doit lui-même préciser dans les détails les conditions dans lesquelles la Haute autorité doit intervenir ; il ne peut renvoyer cela au décret. Avec cette décision, on rappelle les principes quant à la mise en œuvre des normes fondamentales : c'est au Constituant qu'il appartient de les mettre en cause et au législateur de les mettre en œuvre y compris la mise en œuvre de détail.

D'autre part, il s'agit du principe de la rétroactivité "in mitius" comme s'imposant au législateur. Cette décision vient compléter la décision "Sécurité-Liberté" de 1981 dans la mesure où cette jurisprudence nouvelle ne s'appuie sur aucun texte particulier pour consacrer cette réserve. D'autant que le juge constitutionnel ne consacre pas expressément cette règle comme ayant valeur constitutionnelle. Mais dans la mesure où celle-ci s'impose au Parlement, on peut en déduire implicitement que sa supériorité n'en est pas moins affirmée.

Quant au domaine d'application de la règle, cette décision apporte un éclaircissement considérable car le Conseil utilise la notion de "mesure répressive", donnant à cette dernière un champ assez étendu. Ainsi, la Haute autorité constitutionnelle consacre l'alignement des termes qu'elle utilisait dans le cadre de la non-rétroactivité des lois pénales plus sévères.

Cette précision apportée marque de manière éclatante la constitutionnalisation d'une partie du droit pénal transitoire.

Reste qu'il appartient désormais à la jurisprudence constitutionnelle, suivie par la doctrine de préciser et d'éclairer cette nouvelle décision du juge constitutionnel français (voir en ce sens les premières observations de MM. Favoreu et Philip dans la Revue Française de droit constitutionnel, 1990, n° 4, p. 732, § 4).

R.R.J. 1991-2

Pages 363 à 385

- II -

**DROITS DE L'HOMME ET
LIBERTÉS**

PROBLÈMES JURIDIQUES LIÉS AUX APPLICATIONS MÉDICO- INDUSTRIELLES DE LA CARTE GÉNÉTIQUE HUMAINE

Par

Noël-Jean MAZEN

Maître de conférences à l'Université de Bourgogne

L'homme n'a cessé, ces dernières années, d'accroître son pouvoir sur le monde du vivant (1). Les premiers balbutiements ont permis de comprendre comment l'information biologique se rapportant à un individu était incluse dans le noyau de chacune de ses cellules, puis ont conduit à effectuer les premiers séquençages d'un gène. La recherche semble envisager, dans un futur proche, de passer au stade de l'exploitation industrielle ; de fait, sans être d'une très grande complexité technique, l'opération de séquençage est longue et minutieuse ; la réalisation de robots permettant de séquencer automatiquement et rapidement l'ADN ouvre des champs d'investigation nouveaux (2).

"Le séquençage du génome humain implique en réalité plusieurs démarches. La première consiste à faire des repérages sur chacune des 23 paires de chromosomes de notre génome, de façon à positionner les uns par rapport aux autres la totalité des gènes répertoriés après clonage. Le génome ainsi cartographié serait ensuite séquencé. Enfin, le stockage et le traitement des séquences dans des banques de données seraient la dernière étape" (3). D'ores et déjà, la cartographie génique a permis à plusieurs chercheurs de repérer les gènes de certaines maladies sans cependant arriver toujours à les

(1) Pour une première approche, voir : François Gros, *Les secrets du gène*, Éd. Odile Jacob 1986 ; Marcel Blanc, *L'ère de la génétique*, Éd. La Découverte 1987 ; Philippe Kourilsky, *Les artisans de l'hérédité*, Éd. Odile Jacob 1987.

(2) Victor A. McKusick, *Mapping and sequencing the human genome*, *The new england journal of medecine*, avril 1989, vol. 320, n° 14, p. 910 et s.. En effet, les cinquante à cent mille gènes que portent les quarante-six chromosomes de chaque être humain, constituent l'ensemble des facteurs génétiques dont l'individu est issu, dans son être et dans son devenir.

(3) Eric Labouze "Le séquençage automatique de l'ADN et le projet de séquençage du génome humain". *Impact, Science et Société (UNESCO)* n° 149, 1988, 83-92.

isoler de manière précise (4) ; ainsi le grand généticien américain Renato Dulbecco estime que la plupart des réponses aux problèmes posés par les cancers se trouvent dans la cartographie complète du patrimoine génétique (5).

Le séquençage du génome humain donnera accès à une connaissance encyclopédique de l'homme. Encore sera-t-il nécessaire que la technique accomplisse elle aussi des progrès importants pour permettre au praticien non pas d'intervenir au hasard mais de cibler parfaitement l'endroit où il devra intervenir. Il est évident que l'alliance de la connaissance et de la technique donnera naissance à une thérapie génétique des maladies héréditaires qui révolutionnera l'exercice de la médecine. La carte génétique deviendra rapidement un outil de diagnostic prédictif, permettant de repérer les prédispositions spécifiques de l'individu à certaines maladies et surtout de traiter celles-ci de manière très précoce, donc avec une plus grande certitude de réussite.

Le séquençage complet du génome humain reste, malgré les développements technologiques récents, un projet de Titan : il exigerait de 10 à 20 ans de travail selon les chercheurs américains (6), 5 à 10 ans d'après les Japonais. Les uns et les autres ont depuis de nombreux mois déjà engagé des recherches (7).

Le programme initié par les États-Unis, intitulé "Mapping and Sequencing the Human Genome" (8) apparaît comme l'un des grands projets de la décennie, à l'égal des programmes spatiaux.

Le programme du Japon, légèrement moins ambitieux quant à ses objectifs, le reste dans sa dénomination "Human Frontier Science Program".

Les implications économiques de tels projets ne laissent pas insensibles les intérêts privés et les industriels des biotechnologies. Le prix Nobel Walter Gilbert a lui-même créé une société, la Genome Corporation, dont l'objectif serait certes d'apporter sa pierre au séquençage du génome mais surtout d'en assurer ensuite l'exploitation, la consultation par les chercheurs du monde entier étant ouverte contre une participation financière.

Sur le plan européen, même si les travaux sont moins avancés, un programme de recherches a été proposé par la Commission des communautés sur la médecine prédictive et l'analyse du génome humain (9).

La technique va donner à l'homme une connaissance parfois brûlante, difficile à maîtriser, mais qui le conduira à rompre avec un ou deux millions d'années de règne du hasard, de l'hérédité et de la sélection naturelle.

(4) Ainsi le gène de la mucoviscidose a été identifié sur le chromosome 7 tandis que celui de la chorée d'Huntington a été repéré sur le chromosome 4.

(5) Dulbecco R., A turning point in cancer research ; sequencing the human genome, Science 1986, 231 : 1055-6.

(6) Particulièrement les deux prix Nobel Walter Gilbert et Renato Dulbecco.

(7) Ainsi, le département de l'énergie américain finance depuis 1987 le travail de cartographie des chromosomes 16, 19 et 21.

(8) Mapping and sequencing the human genome, National research council, Washington 1988.

(9) Commission des Communautés Européennes. Propositions de décision du Conseil portant adoption d'un programme spécifique de recherche dans le domaine de la Santé : médecine prédictive-analyse du génome humain. Com (88), 424 final - Syn 146, t. 3. On ne saurait en France passer sous silence les études du CEPH (Centre d'étude du polymorphisme humain) dirigées par J. Dausset.

L'utilisation des "cartes génétiques" (10) posera inévitablement le problème des limites de la chirurgie génétique : nul ne conteste que ces recherches, déviées de leur objectif initial, puissent conduire à des conséquences dramatiques. Aussi sera-t-il nécessaire de tenter de parvenir à un juste équilibre des intérêts en présence.

Partant d'un a priori favorable fondé sur le progrès scientifique et l'approfondissement d'une connaissance toute nouvelle, certains chercheurs ont tendance à occulter quelque peu cette dimension philosophico-éthique et à poursuivre leurs recherches, d'autres posent heureusement les bonnes questions ou appellent de leurs vœux l'intervention du législateur.

Nous nous bornerons ici à analyser la dimension juridique des problèmes techniques liés aux applications médico-industrielles de la carte génétique humaine. Les questions ainsi posées se trouvent à la croisée des nécessités de la protection individuelle, de l'identité de la personne mais également des exigences du monde industriel car lui seul aura en même temps la capacité de financer la recherche, et celle d'en commercialiser les applications.

A l'heure actuelle, pour les chercheurs, le problème fondamental est celui de l'appropriation des données découvertes ou tout au moins celui de la protection d'une recherche qui souvent aura nécessité de nombreuses années et devra déboucher sur une utilisation très large.

La protection des données ne peut être étudiée en elle-même sans qu'au préalable il ait été réfléchi sur la qualification juridique qui leur sera appliquée.

I . LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES DONNÉES RELATIVES A LA CARTE GÉNÉTIQUE

L'objectif de la recherche est en général celui d'une analyse totale du génome pour parvenir à la mise au point de cartes génétiques, complétées par l'organisation de bibliothèques de clones réunissant des collections de fragments d'ADN (11).

En effet, seul le séquençage des nucléotides relevés sur une structure génétique normale, permet, par comparaison, de repérer l'anomalie. C'est donc une véritable banque de données des séquences génétiques qu'il s'agit de constituer. Sa gestion impliquera nécessairement le recours aux techniques informatiques.

(10) L'expression habituellement utilisée par les auteurs est carte génétique dans la mesure où il s'agit de cartographier le génome humain ; la carte est génomique lorsqu'il s'agit du génome de telle personne clairement identifiée.

(11) La présente étude ne saurait envisager l'aspect éthique de la cartographie génétique particulièrement en ce qui concerne le traitement des anomalies génétiques, et l'éventuel développement d'une stratégie de médecine prédictive. En revanche, il est clair que la recherche ne peut être limitée au repérage de la position des gènes le long des chromosomes sans déboucher sur des implications thérapeutiques. Il est ainsi important de signaler qu'au-delà des défauts génétiques simples (près de 4.000 sont actuellement répertoriés : mucoviscidose, phénylcétonurie, béta-thalassémie, myopathie, immunodéficience, etc...) il existe, semble-t-il, de très nombreuses maladies impliquant tant des facteurs génétiques que des facteurs d'environnement (ulcère peptique, diabète, arthrite rhumatoïde, maladies cardiaques ischémiques, épilepsie, psychose maniaco dépressive et de nombreuses autres maladies non encore répertoriées.

Ainsi que nous l'avons démontré par ailleurs, le matériel génétique humain appréhendé tant sous son aspect corporel qu'incorporel, c'est-à-dire informationnel, doit, en droit, être considéré comme une chose (12). Les pratiques de l'Office Européen des Brevets et de l'INPI admettant la brevetabilité des séquences génétiques nouvelles, viennent conforter cette position (13).

La qualification réelle des données relatives à la carte génétique, est cependant insuffisante pour appréhender les rapports pouvant exister entre l'individu qui porte les données, l'espèce dont il les a reçues et le chercheur qui les observe.

De fait, la plupart des séquences génétiques que nous possédons le sont également par des milliers, voire des milliards d'individus de par le monde. Peut-on, dès lors, attribuer à ces séquences un caractère strictement individuel ou ne sont-elles qu'une chose commune à la plupart des hommes ?

Ces mêmes séquences convoyées par nos gènes, nous sont inconnues bien qu'elles aient présidé à l'émergence de notre personne corporelle. La possession individuelle des informations génétiques a un caractère inné incontestable ; toutefois c'est au travail du chercheur, à son intuition comme à son instrumentation que l'on doit la connaissance de l'existence de ces séquences et leur déchiffrement. Dès lors, va naître un conflit d'ordre juridique : le caractère inné, préexistant et naturel des séquences génétiques, est-il un obstacle à ce que ces choses fassent l'objet d'une découverte et donc d'une appropriation par voie d'invention au profit du chercheur ?

A/ LE CARACTÈRE INDIVIDUEL OU COMMUN DES DONNÉES

Le caractère commun des données relatives à la carte génétique se traduit en droit par la qualification de chose commune. En ce sens, le caractère commun de l'information génétique s'oppose à ce que celle-ci fasse l'objet d'une appropriation privée, en raison de l'absence d'un élément essentiel au droit de propriété : le lien d'exclusivité.

Ce truisme, dont les conséquences pratiques sont cependant importantes, nous conduit, si l'on veut approfondir, à nous interroger sur les deux points suivants.

Comment faire la part de l'ontogénique et du phylogénique dans le matériel génétique humain ?

Est-ce que le caractère phylogénique de certaines données relatives à la carte génétique, implique nécessairement que ces données soient qualifiées de communes ?

(12) Sur l'ensemble de cette question : N.-J. Mazen, *Réflexions juridiques sur le matériel génétique de l'homme*, Bioéthique et droit, Études rassemblées par R. Draï et M. Harichaux, P.U.F. 1988 p. 194 ; E. Loquin, *Les incidences juridiques éventuelles de la procréation médicalement assistée : réflexions sur l'émergence d'un droit des procréations assistées, l'exemple des fécondations in vitro*. Actes des Vèmes Journées de responsabilité médicale de Bobigny, Éd. Lacassagne, 1990. J.-C. Galloux, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*. Thèse Bordeaux 1988.

(13) Sur une décision récente de l'O.E.B. : Chambre des recours techniques TGG A 17 mars 1989 (séquence d'ADN codant une pré-hormone de croissance bovine). Voir pour l'interféron humain : Brevet O.E.B. n° 0032134, 16 août 1984.

a) Le caractère individuel ou phylogénique des données relatives à la carte génétique

La relation de l'individu à l'espèce est un élément fondamental de toute approche de la génétique ; cette dualité ontogénie-phylogénie est considérée comme une caractéristique de cette science (14). En effet, la sexualité impose que la génétique soit appréhendée comme un fait communautaire. Elle est la rançon que l'individu paie au groupe pour rendre ce qu'il a perçu de lui, c'est-à-dire ce lot génétique dont il est constitué et dont une partie lui permet d'exister. En ce sens, la mémoire génétique "appartient à la collectivité, à l'ensemble des individus qui communiquent entre eux par le moyen du sexe" (15).

Cette prééminence du groupe dans la science de l'hérédité ne signifie cependant pas la disparition de toute individualité. Les êtres représentent les seuls objets de la génétique présents dans la nature et ce sont les seuls acteurs de cette science. Ainsi, l'analyse individuelle de l'hérédité est-elle indissociable et complémentaire de l'analyse phylogénique.

Cette dualité ou cette complémentarité emporte des conséquences juridiques importantes.

La structure globale du génome individuel est incontestablement personnelle. En effet, sauf s'il est un vrai jumeau, chaque homme possède un phénotype original fourni par moitié par chacun de ses auteurs. La probabilité pour qu'une telle composition soit identique à celle d'un autre individu auquel il ne soit uni par aucun lien de filiation, est pratiquement nulle.

L'unicité biologique de l'individu est à la base des techniques de l'empreinte génétique (16). En conséquence, l'expression phénotypique individuelle possède bien un caractère singulier.

En revanche, certains gènes figurant dans les patrimoines individuels, sont communs soit à toute l'espèce humaine, soit à de larges groupes d'individus. Comment doit-on dès lors les qualifier ?

Prenons l'exemple de l'anomalie séquentielle à l'origine d'une maladie génétique grave telle que la Chorée d'Huntington. Il est évident qu'en France seulement, plusieurs dizaines de milliers d'individus en sont porteurs ; cela ne suffit pas pour autant à accorder le caractère commun à ce gène. En effet, la possession par un individu d'un tel gène délétère, a pour lui des conséquences dramatiques évidentes : ainsi, dans le cadre d'un dépistage de cette maladie, le praticien aura, à notre sens, l'obligation de lui donner accès au résultat de l'examen pratiqué.

Ce dernier exemple ne saurait cependant être généralisé. Le caractère individuel de l'anomalie séquentielle résulte de l'importance du rôle que ce gène peut jouer dans la vie de l'individu. Or, sur les quelques centaines de milliers de gènes que possède une personne, peu d'entre eux ont des conséquences aussi déterminantes. Pour ceux-là, l'indifférence de leur possession confirme le caractère commun. On pourrait résumer

(14) Edgar Morin, *La vie de la vie*, Tome II, *La méthode*, Éd. Seuil 1980, p. 112-113. Michel Serre, *Genèse*, Éd. Mirasset, Paris 1982, p. 15.

(15) François Jacob, *La logique du vivant*, Éd. Gallimard, Paris 1970, p. 330.

(16) Jean-Christophe Galloux, *L'empreinte génétique : la preuve parfaite*, J.C.P. 1991-1.3497.

l'argumentation en donnant comme critère du caractère individuel d'une séquence génétique isolée, la valeur qu'elle peut avoir pour l'individu.

On démontre par là que l'appartenance au phylome de certaines séquences génétiques n'est pas incompatible avec la reconnaissance de leur caractère individuel.

b) Le caractère phylogénique ou commun des données relatives à la carte génétique

Dès lors que les informations relatives à la carte génétique, se sont vus conférer le caractère de données communes à l'espèce humaine, doit-on, en considération de ce seul fait, les qualifier en droit de choses communes ?

Selon l'article 714 du Code civil, les choses communes sont des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. L'inappropriabilité des choses communes doit être recherchée dans leur nature même (17). Il semble que l'on puisse considérer que le matériel génétique ne soit une chose commune que dans la mesure où il concerne l'ensemble de l'espèce.

Ce n'est donc pas le défaut d'originalité d'une séquence génétique, c'est-à-dire le caractère répandu dans une population, qui confèrera la qualité de chose commune mais le fait que cette séquence génétique ait un caractère générique c'est-à-dire un caractère qui soit un élément de définition de l'espèce humaine. D'un point de vue pratique, cela signifie que sont seules offertes à l'usage de tous les hommes, les séquences génétiques nécessaires à la définition du caractère humain de l'individu.

Pour ce qui concerne les données relatives à la carte génétique, on pourrait considérer, en application de ce qui précède, que l'ensemble même des données, en tant qu'elles représentent toutes les possibilités de patrimoines individuels, sont globalement une chose commune. Dès lors, chacun devrait pouvoir accéder à l'ensemble des données recueillies puisque celles-ci donnent une image du génome type d'un individu appartenant à l'espèce humaine.

A l'inverse, si des données ne possèdent pas un caractère générique, mais sont seulement communes à un groupe spécifique d'individus, il nous semble excessif de leur attribuer un caractère commun en raison du seul fait qu'elles existent sous de nombreux exemplaires. Cela voudrait dire que toutes les choses de genre sont nécessairement des choses communes ce qui n'est évidemment pas le cas. A fortiori, l'expression phénotypique propre à chaque individu en tant qu'elle est la marque la plus tangible de son individualité, ne saurait être considérée comme une chose commune.

Il ressort de tout ceci que les données relatives à la carte génétique se distribuent dans trois catégories. Certaines données ont un caractère strictement individuel dans le sens où elles définissent l'individu lui-même : c'est la carte génétique individuelle ou une portion significative de celle-ci qui permet de caractériser l'individu.

Certaines données, bien qu'elles soient communes à un grand nombre de sujets, ont cependant un caractère individuel en ce que leur

(17) Sur l'ensemble de cette question, Voir J.-C. Galloux, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, thèse précitée p. 170 à 190.

Voir cependant la discussion doctrinale lancée par Mme Rémond Guillaux, *Ressources naturelles et choses sans maître*, D. 1985, chron. n° 6.

possession est un élément de différenciation de l'individu ou intéresse l'individu ; elles conservent d'un point de vue juridique cette double dimension.

Il existe enfin des données à caractère phylogénique c'est-à-dire qui caractérisent l'appartenance à l'espèce humaine et qui sont de ce fait, des choses communes.

B/ LE CARACTÈRE INNÉ OU INVENTIF DES DONNÉES

La carte génétique va être établie à partir d'éléments génétiques prélevés chez des individus. Il est important de déterminer si le caractère inné de ces éléments génétiques va emporter des conséquences juridiques particulières. En effet, une chose innée, c'est-à-dire consubstantielle à l'individu lui-même, n'est pas, selon la doctrine classique (18), considérée comme une chose appropriable ou à tout le moins une chose dans le commerce.

Il nous faut déterminer tout d'abord si la seule innéité de l'information génétique est le critère suffisant de son caractère extrapatrimonial, ou si c'est seulement l'incorporation du matériel génétique dans le corps de l'individu qui lui confère cette qualification. Ceci revient à confronter le concept de l'incorporation et celui de l'innéité.

Allant plus loin, la préexistence des données génétiques fait-elle obstacle à ce que ces informations soient découvertes et inventées et par là même à ce qu'elles soient appropriées par voie d'invention ou de découverte comme le permet notamment le droit du brevet ?

a) L'incorporation comme signe de l'innéité

Selon une analyse traditionnelle, les choses attachées à la personne, et qui constituent les fondements de sa personnalité, sont de nature extrapatrimoniale ou à tout le moins sont des choses placées hors du commerce juridique. Il en est ainsi des sentiments et du corps humain. C'est moins leur caractère indissolublement lié à la personne qui détermine la qualification extracommerciale de ces objets par la plupart des auteurs que le fait de leur innéité c'est-à-dire le fait qu'ils soient une donnée naturelle de l'individu. En conséquence, les informations génétiques contenues dans chacune des cellules du corps de l'individu en ce qu'elles sont des données primaires de sa composition biologique, sont donc innées et devraient être considérées comme des objets placés hors du commerce juridique.

Cette solution se heurte à la pratique médicale courante. En effet, les informations génétiques circulent en dehors de la sphère corporelle, font l'objet, pour certaines d'entre elles, de brevets, et en tout les cas sont échangées pour des buts de recherche scientifique entre des équipes hospitalo-universitaires. Ces pratiques peuvent-elles être condamnées en raison du principe précédemment exposé ou sont-elles au contraire le signe d'une dissociation entre l'innéité et l'extracommercialité ?

(18) M.-A. Hermitte, *Le corps hors du commerce, hors du marché*, Arch. de philo. du droit 1988, vol. 33, p. 322 et s. Voir cependant, pour partie en sens contraire. N.-J. Mazen, *Réflexions juridiques sur le matériel génétique de l'homme*, précité p. 199 et s.

Nous avons vu que, selon l'analyse traditionnelle, l'innéité était le signe de la personnalité ; la protection conférée aux éléments corporels par le biais de l'extracommercialité, a pour seul but de préserver et de protéger cette personnalité. L'innéité n'a donc d'importance qu'en tant qu'elle est signe de la personnalité. Or, si l'on considère des informations génétiques déchiffrées par les équipes médicales ou universitaires, on constatera qu'elles sont à la fois physiquement et moralement détachées de la personne de laquelle elles ont été prélevées.

En d'autres termes, ce n'est plus l'information génétique en tant qu'elle individualise telle personne ou qu'elle est originaire de telle personne qui intéresse le chercheur mais l'information génétique en soi, totalement anonyme. Aussi peu importe que l'information génétique ait appartenu à un moment donné à telle personne sauf lorsque cette information permet d'analyser l'environnement héréditaire du donateur. De fait, les analyses sont en général menées à l'échelle familiale pour pouvoir suivre l'évolution héréditaire de tel élément génétique sans devoir attendre une ou deux générations. Si les liens familiaux restent identifiés de manière très précise, en revanche l'anonymat est en général garanti. Ainsi l'information génétique devient en principe, entre les mains de ceux qui la manipulent, une information anonyme détachée de tout système individuel ; elle n'est plus considérée comme un élément de la personnalité puisqu'elle n'est plus révélatrice d'une quelconque personnalité.

En conséquence, les informations génétiques déchiffrées, rassemblées et rendues anonymes dans le cadre de l'établissement de la carte génétique humaine, en tant qu'elles sont totalement séparées d'un individu particulier et qu'elles ne peuvent servir, parce qu'elles sont anonymes, pour identifier la personne sur laquelle elles ont été prélevées, doivent être considérées comme pouvant faire l'objet d'un commerce juridique.

En réalité, c'est leur destination, leur affectation à la personne plus que leur extracommercialité, comme l'a excellemment démontré Jean-Christophe Galloux (19) qui justifie une protection. Le caractère inné de l'information génétique humaine est une condition nécessaire de la reconnaissance de son caractère extracommercial mais insuffisant : il doit être corroboré par sa destination propre à une personne déterminée dont cette information constitue alors un élément de la personnalité.

Dès lors, les séquences génétiques qui constituent des données de la carte génétique, doivent être considérées en général comme des choses dans le commerce juridique.

b) L'innéité face à la découverte des données

Si l'innéité ne fait plus obstacle à l'appropriation des informations génétiques humaines, et donc à la constitution de cartes génétiques éventuellement à but commercial, on peut se demander si elle ne s'oppose pas cependant à ce que des chercheurs puissent les revendiquer à titre d'invention.

Depuis plusieurs années maintenant, les séquences génétiques modifiées ou simplement isolées de source naturelle, sont brevetables dans la

(19) J.-C. Galloux, *Réflexion sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français*. Les cahiers de droit. (1989) 30 c. de D. 1011.

mesure où elles réunissent les conditions légales de la brevetabilité que sont la nouveauté, l'activité inventive, et l'application industrielle (20).

On remarquera d'ailleurs que dans de nombreux cas, les séquences génétiques qu'elles soient humaines ou non humaines sont brevetées au titre d'une simple molécule chimique (21).

Toutefois, l'Article 7 de la Loi de 1978 sur les brevets d'invention énonce que les découvertes ne sont pas brevetables dans la mesure où elles ne sont pas considérées comme des inventions. Qu'en est-il de l'identification d'une séquence génétique au sein du génome humain ? L'innéité de l'information génétique humaine implique sa préexistence dans la nature ; or celle-ci s'oppose, d'un point de vue logique, à la nouveauté qu'elle doit présenter pour être brevetable. Devrait-on en conclure que la pratique actuelle des offices des brevets tant français qu'européens ne prend pas en considération le caractère inné de l'information génétique ?

En réalité, la pratique actuelle en matière de droit des brevets donne de la découverte une définition qui permet de s'affranchir de la référence à l'état préexistant dans la nature. La découverte se définit "comme l'acte, le procédé où la circonstance par lequel on acquiert la connaissance de quelque chose d'inconnu ou de non reconnu jusqu'alors" (22).

En conséquence, la découverte n'est pas en tant que telle, exclue du champ de la brevetabilité, elle n'est exclue que dans la mesure où elle ne présente pas d'application industrielle c'est-à-dire lorsque la découverte ne se manifeste pas par la proposition d'une solution à un problème technique particulier (23). Dans le cas contraire, la découverte devient une acquisition de connaissances nouvelles par rapport à la somme du savoir humain, qui la rend accessible à une protection juridique. Dans ces conditions, l'innéité ne constitue plus l'obstacle à la reconnaissance d'une invention réalisée sur les séquences génétiques rassemblées afin de constituer la carte génétique humaine. Celles-ci peuvent constituer des inventions véritables au même titre que n'importe quelle construction technique résultant de l'ingéniosité humaine.

En donnant à l'inventeur-découvreur d'une information génétique, la possibilité d'un droit sur celle-ci, la législation des brevets ouvre ici un champ de conflits avec le droit que détiendrait éventuellement un individu sur ces éléments corporels. Cette situation a été particulièrement bien illustrée dans une affaire récemment jugée par la Cour d'Appel de Californie. Dans cette espèce, un patient traité pour un cancer et sur lequel on avait prélevé des lignées cellulaires, revendiquait une participation aux "redevances" résultant du brevet qui avait été pris à son insu sur les séquences découvertes dans les lignées cellulaires qui lui avaient été prélevées (24) ; la Cour lui a reconnu

(20) Voir, sur l'ensemble des applications, Joseph Straus, "La protection par le moyen de la propriété industrielle des inventions biotechnologiques", Documents OMPI DIG/281 1985.

(21) Voir par exemple J.-C. Galloux, "La brevetabilité des innovations génétiques sous la convention sous le brevet Européen : réalités et perspectives" dans les Cahiers de la propriété intellectuelle, Montréal, vol. 3, n° 1, 1990, p. 7 et s.. Voir également P.A. Rauh Jaenichen, J.P.T.O.S., volume 70, 1988, p. 325 et s.

(22) Paul Mathely, "Le droit européen des brevets d'invention", Éd. L.J.N.A., Paris 1978, p. 98.

(23) Directives d'examen de l'Office Européen des Brevets, C. chapitre IV, & 2-1, 2-2.

(24) Voir Morre *c/* The Regence of the University of California, 21 juillet 1988, n° P 02 11 95 California Court of Appeal. La Cour suprême de Calofornie n'a pas pendant suivi la

un véritable droit de propriété... De tels cas aussi exceptionnels qu'ils soient, risquent de se reproduire à plus vaste échelle avec le développement des techniques de séquençage ; ils mettent en évidence la nécessité d'une véritable protection juridique des données génétiques de manière à ce qu'il soit possible d'établir en toute sécurité des cartes génétiques humaines.

II. LA PROTECTION JURIDIQUE DES DONNÉES RELATIVES A LA CARTE GÉNÉTIQUE

La question de la protection des données relatives à la carte génétique humaine s'entend tout à la fois de la protection accordée aux individus face aux investigations scientifiques permettant d'établir cette carte, de la protection juridique conférée par un éventuel droit de propriété au profit des inventeurs des séquences utiles à l'établissement de cette carte, et enfin des droits conférés aux propriétaires des banques de données dans lesquelles ces informations sont rassemblées.

L'ambiguïté de la nature des droits pouvant porter sur une information génétique humaine nous oblige à considérer dès lors deux types possibles de protection : la protection des données génétiques par la voie des droits de la personnalité, dans la mesure où ces données constituent des éléments de la personnalité, mais également la protection par la voie du droit de propriété dans la mesure où les données relatives à la carte génétique constituent des éléments du patrimoine (25)

A/ LES DONNÉES DE LA CARTE GÉNÉTIQUE COMME ÉLÉMENT DE LA PERSONNALITÉ

Il n'est pas question dans le cadre de cet article d'aborder l'approche théorique des droits de la personnalité. Nous nous bornerons à considérer qu'ils permettent la protection de ce qu'il y a de plus intime dans la personne : les valeurs humaines (26).

C'est ainsi que le droit positif protège l'intégrité physique, le nom, la vie privée, les droits des auteurs. L'information génétique telle qu'elle va être comprise dans les données relatives à la carte génétique humaine, peut-elle être protégée par les droits de la personnalité ?

Cour d'appel, 9 juillet 1990, n° S 006987. Voir également : B. Edelmann, "L'homme aux cellules d'or" D. 1989, chro. 111.

(25) O.T.A. "Mapping our genes", op. cit. p. 82 ; Lesly Roberts, "Once the human genome science", 24 juillet 1987, volume 237, p. 158 et s. ; Comity on mapping and sequencing the human genome, Washington 1988, p. 99 et s. On citera, pour mémoire, la possibilité de sanctionner pénalement certains comportements frauduleux bien que le droit pénal français, très ancien ne soit pas adapté à ces réalités nouvelles. Ainsi, les incriminations de faux en écriture et d'escroquerie nécessiteraient, pour pouvoir être utilisées, une intervention du législateur (voir sur ce point le projet de Code pénal de R. Badinter).

Voir par exemple : H. Perreaud, "Les droits de la personnalité", R.T.D. civ. 1909, p. 501.

Voir P. Ancel, op. cit., n° 5 ; Xavier Dijon, op. cit., p. 54, n° 74.

(26) Roger Nerson, "L'influence de la biologie et de la médecine moderne, sur le droit civil, R.T.D.C., 1970, p. 660.

a) Les données de la carte génétique et les droits de la personnalité stricto sensu.

Devons-nous appeler de nos vœux la reconnaissance d'un droit de la personnalité portant sur l'information génétique ? Le seul parmi ceux-ci à pouvoir accueillir une protection de l'information génétique humaine est le droit de la personne sur son corps qui confère à l'individu le pouvoir d'accomplir sur celui-ci un certain nombre d'actes matériels et juridiques et garantit son intégrité contre d'éventuelles agressions extérieures (27).

Si les informations génétiques étaient protégées par un droit de la personnalité, comment celui-ci s'exercerait-il ? Allant plus loin, un tel droit existe-t-il encore, lorsque ces données sont rassemblées par des scientifiques dans le but d'élaborer une carte génétique ?

Il peut apparaître contradictoire de tenter de faire entrer la protection des données relatives à la carte génétique dans le cadre des droits de la personnalité, alors que précédemment nous avons souligné que ces données seraient présentées sous une forme anonyme, en éliminant les éléments d'identification pouvant les rattacher à la personne de leur auteur ; cette contradiction n'est qu'apparente : en effet la révélation du contenu du patrimoine génétique de l'individu reste toujours une éventualité en cas d'indiscrétion coupable.

Par delà ce risque, on ne peut passer sous silence la possibilité pour cet individu d'avoir accès à l'information découverte à partir de son génome. Si l'on reprend les développements précédents relatifs à la notion de découverte, force serait de conclure que l'inventeur d'une information génétique révélée par le génome d'un individu, en serait le seul propriétaire ; cette exclusivité, conférée notamment par le droit des brevets, interdirait, si elle était seule prise en compte, l'accès de l'individu à la connaissance de son propre patrimoine génétique.

Seule la prise en considération d'un véritable droit de la personnalité pourrait équilibrer les rapports entre l'individu ayant consenti à prêter son matériel pour des fins de recherches, et les chercheurs eux-mêmes, en conférant au premier un véritable droit d'accès aux informations le concernant.

C'est à notre sens l'existence d'un tel droit qui fonde la possibilité reconnue par le législateur au patient d'avoir libre accès aux données médicales contenues dans son dossier hospitalier (28).

Ce droit d'accès, s'il constitue une protection certaine de l'individu qui a collaboré aux recherches permettant l'établissement d'une carte génétique, ne constitue cependant pas un droit véritable sur les données qui ont été ainsi récoltées. L'envers positif de ce droit qui permet à l'individu à l'origine de la découverte des informations génétiques d'empêcher la divulgation de celles-ci, en dehors d'un cercle scientifique, est le mécanisme du secret.

(27) Pierre Kayser, "Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques", R.T.D.C. 1971, p. 440 et s.

(28) N.-J. Mazen, "Le secret des praticiens de la santé, ouvrage précité, p. 84.

b) Les données de la carte génétique et le droit au secret

L'implication de l'individu dans ce type de recherches recouvre plusieurs dimensions. Il est à la fois objet et sujet : objet dans la mesure où l'établissement d'une carte génétique à haute résolution du génome humain exige de mener une recherche sur les antécédents familiaux (29), de manière à pouvoir suivre les évolutions génétiques, comme de procéder à l'étude de telle ou telle séquence génique d'un individu présentant une maladie spécifique.

Il s'agit de toute évidence d'éléments couverts par le secret des praticiens de la santé tel qu'énoncé à l'article 378 du Code pénal. L'utilisation de ces données dans un but scientifique est traditionnellement admise dans la mesure où les patients ne sont pas nommément désignés, ne peuvent être identifiés, et où seul le syndrome où les éléments scientifiques sont divulgués (30). A priori, il semblerait qu'un certain anonymat soit préservé (31) ; on ne peut cependant qu'être prudent à ce sujet, en effet le monde de la recherche a souvent tendance à garantir dans le discours un parfait anonymat ; celui-ci est-il en réalité possible ?

N'est il pas quasiment nécessaire d'avoir recours à des données nominatives, afin d'éviter le risque d'une double saisie mais également pour suivre les individus, établir les rapports familiaux, tous éléments nécessaires à une recherche de nature génétique ? Le problème mérite au moins d'être évoqué.

Si l'anonymat nous semble hypothétique dans le cadre de la collecte et du traitement des données, en revanche, il est absolument nécessaire qu'il s'impose de manière très stricte dès lors qu'il s'agit de mettre les données à la disposition des futurs utilisateurs fussent-ils des scientifiques. Ainsi, l'anonymat devrait-il être parfait en ce qui concerne les données incluses tant dans les cartes du génome humain que dans les bibliothèques ordonnées de clones d'ADN, qui en seront presque nécessairement le prolongement.

Délicat est le problème du droit du patient à la vérité. Par les travaux qu'ils auront effectués sur les gènes de tel ou tel individu, les chercheurs risquent de mettre en évidence un certain nombre d'informations que le malade lui-même ignore. La vérité devra-t-elle ou non lui être révélée ? Ainsi l'Article 42 du Code de déontologie médicale prévoit que "pour des raisons légitimes que les médecins apprécient en conscience, un malade peut être laissé dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave".

Cette formule nous semble devoir être prise avec beaucoup de circonspection, particulièrement en ce qui concerne les anomalies génétiques qui pourraient être découvertes dans la mesure où celles-ci seront rarement exemptes d'une possibilité de traitement. A notre sens, le patient ne doit pas être maintenu dans un état d'infériorité et a le droit de connaître la vérité sur son état (32).

(29) Proposition de décision du conseil, op. cit. "Obtenir une carte génétique à haute résolution du génome humain... exigera d'accroître de 40 à 60 le nombre des familles à grand effectif en cours d'étude en Europe (les 20 familles supplémentaires étant, autant que possible, connues, pour avoir des modifications génétiques d'intérêt médical).

(30) N.-J. Mazen, *Le secret des praticiens de la santé*, ouvrage précité, p.103.

(31) Ne doit-on pas considérer comme une conséquence le fait que le droit d'accès et de rectification aux données concernant l'individu (CNIL, 1^o avril 1980, J.O. du 29 mai 1980) ne semble pas devoir recevoir application pour les banques de données génétiques ?

(32) N.-J. Mazen, "Le secret médical, mythe ou réalité ?" *Gaz. Pal.* 1975, II, p. 468.

Le problème prend une autre dimension lorsque l'on sait que les équipes de recherche sont constituées souvent plus de biologistes et d'informaticiens que de médecins. Certes, l'Article 378 du Code pénal, après avoir énuméré les professions médicales, mentionne : "toute autre personne dépositaire, par état ou profession ou par fonction temporaire ou permanente, des secrets qu'on leur confie". Malgré cela, la jurisprudence et la doctrine s'en tiennent à l'énumération limitative des professions soumises au secret. Ainsi que nous avons tenté de le démontrer par ailleurs, le secret doit-être centré non sur le professionnel mais sur l'acte lui même (33).

Certes, il ne s'agit pas pour l'établissement de la carte génétique d'actes de soins ; cependant comment pourrait-on nier que les professionnels en cause, quelle que soit leur formation, sont dépositaires nécessaires des secrets génétiques qui leur sont confiés ou plutôt qu'ils découvrent à partir des cellules mises à leur disposition. Ils devraient, selon nous, être soumis à l'article 378 du Code pénal. On rejoindrait ainsi la position adoptée par le projet des Communautés européennes affirmant "que les personnes impliquées dans la recherche sont tenues au secret professionnel le plus absolu au sujet de la situation dont celle des individus concernés et que la protection des données personnelles de ces derniers doit être pleinement assurée" (34).

Tout acte médical implique un consentement éclairé du patient. Bien que là encore les recherches menées ne soient pas des actes de soins, il nous semble important de reconnaître l'importance du consentement ; il est en effet nécessaire à la protection de l'individu qui a cédé l'expression de son patrimoine génétique, qu'il l'ait fait en toute conscience et après une information correcte (35).

Ainsi le projet européen sur l'analyse du génome humain exige comme condition sine qua non que "les personnes concernées aient été entièrement informées et qu'elles aient donné leur consentement par écrit et en des termes clairs, sans ambiguïtés, et que leurs droits à la sauvegarde de la personnalité, ainsi que les lignes de conduite de l'action médicale régies par des principes éthiques et moraux, -soient- rigoureusement respectés" (36).

Les différentes protections fondées sur les droits de la personnalité et l'obligation au secret assurent à l'individu une relative sécurité mais ne permettent en aucune manière de protéger sérieusement les données génétiques qui seront contenues dans la bibliothèque (37).

L'individu qui aurait, contre rémunération, consulté une partie, voire la totalité du séquençage du génome humain pourrait la divulguer, la rendre publique et ainsi détourner d'éventuels utilisateurs. Or, il est clair que le suivi d'un projet d'analyse et de séquençage du génome humain implique de tels

(33) N.-J. Mazen, "Le secret professionnel des praticiens de la Santé", ouvrage précité, p. 39.

(34) Journal Officiel des Communautés Européennes n° C.56/49.

(35) Il est à noter que le droit accordé par la loi de 1978 à toute personne "de s'opposer pour des raisons légitimes à ce que des informations nominatives le concernant fassent l'objet d'un traitement" ne s'applique pas aux traitements relevant du secteur public.

(36) Journal Officiel des communautés européennes n° C. 56/ 49. Voir également : Cass. commercial 23 mars 1965, Bull. civ. III, n° 228.

(37) Il serait également possible de coder en langage "moléculaire" les coordonnées du donneur : le problème ne se pose en réalité avec acuité que pour les données révélant une pathologie spécifique.

moyens qu'il est logique que l'initiateur du projet puisse exiger une protection précise, nécessaire pour que les données relatives à la carte génétique constituent réellement un élément du patrimoine.

B/ LES DONNÉES DE LA CARTE GÉNÉTIQUE COMME ÉLÉMENT DU PATRIMOINE

Cette approche peut choquer au premier abord ; elle est commandée par un certain réalisme dans la mesure où le séquençage du génome humain réclame des investissements financiers, humains et intellectuels considérables et qui devront en outre être échelonnés sur un certain nombre d'années (38).

Les résultats d'une recherche d'une telle envergure ont un impact d'une valeur commerciale indéniable qu'il est difficile pour l'instant d'évaluer. Il n'est que de remarquer combien le peu de connaissances actuelles sur le génome humain a déjà pu engendrer de réussites commerciales qu'il s'agisse des hormones de croissance humaine, des médiateurs chimiques...

La valeur commerciale des ressources révélées par le séquençage du génome humain soulève dès lors des questions concernant l'appropriation et la protection de ces données. D'un point de vue strictement juridique, nous avons pu observer en conséquence de la catégorisation que nous avons faite des différents types de données que la plupart d'entre elles sont dans le commerce juridique et que, dès lors, elles peuvent supporter une appropriation privée.

L'opportunité de cette appropriation reste une question qui touche plus directement le législateur. De nombreuses voix se sont élevées pour que le résultat de cette recherche reste librement accessible à tous et de manière gratuite. C'est dans cette direction que s'est développé le projet français du "Centre d'Étude du Polymorphisme humain". Il n'est pas certain cependant que de telles solutions politiques soient retenues, en raison notamment de la réticence des pouvoirs publics à investir des sommes considérables en ces domaines. Dès lors, deux modes de protection permettant une commercialisation des données ainsi recueillies semblent ouvertes : la voie du brevet et celle du droit d'auteur.

Si le "piratage" d'une bibliothèque de clones implique une opération relativement délicate pour fabriquer les copies des fragments d'ADN, en les insérant dans des molécules auto-reproductrices, en revanche, la diffusion d'une carte physique du génome humain comme d'une carte des liaisons génétiques est chose relativement facile. La protection de ces informations pour qu'elles ne puissent être indéfiniment réutilisées nécessite une construction juridique fondée sur l'aspect patrimonial de ces données.

La constitution d'une banque de données ne se conçoit qu'en vue d'une utilisation puisqu'il s'agit de permettre à un individu un accès facile à un certain nombre de connaissances (39). Le problème est que celui qui consulte ces données peut d'une certaine manière se les approprier, les dupliquer et pourquoi pas les offrir éventuellement contre rémunération, à la consultation d'autres personnes. L'ensemble du système implique une garantie de celui, autorité publique ou personne privée, qui au départ a mis au service de la banque les fonds et les salariés nécessaires. "Dès lors que l'on se propose

(38) Cf. différentes évaluations américaines et européennes sur le coût de ce projet.

(39) Cass. crim. 29 juin 1960, Bull. crim. n° 350, p. 706.

à commercialiser de l'information, produit éminemment fugace, reproductible et discret à stocker dans une mémoire humaine ou électronique, la question se pose de savoir jusqu'où l'on peut aller, en fait comme en droit, dans le contrôle de l'usage qui en est fait." (40).

a) La protection des données génétiques par le droit d'auteur

L'utilisation ou la duplication de connaissances empruntées à la banque de données permet de s'approprier les informations en cause pour les diffuser auprès de tiers ou plus simplement pour les avoir à disposition à tout moment, et éviter ainsi une nouvelle interrogation avec le coût que cela implique.

Si l'on considère la banque de données sous son aspect final, il s'agit d'une collection d'informations, productions intellectuelles à la suite d'observations scientifiques donc pouvant être assimilées à des recueils d'œuvres ou à des anthologies protégées par la loi du 11 mars 1957 si elles constituent des créations intellectuelles originales. Il est donc naturel d'envisager la protection d'un droit d'auteur. Celui-ci protège contre toute reproduction l'œuvre originale (41). Ainsi, ce n'est pas le contenu des informations mais leur présentation qui serait ici protégée. On voit tout de suite les limites en notre matière du recours au droit d'auteur. En effet, le caractère d'originalité de la présentation peut se voir contesté (42), la Cour de cassation ayant admis au sujet d'un logiciel, qu'un "effort personnalisé allant au-delà d'une logique automatique et contraignante et se matérialisant dans une structure individualisée constituait l'apport intellectuel" nécessaire pour admettre l'originalité de l'œuvre. Faut-il dès lors, écarter la protection par le droit d'auteur des banques de données ?

La loi du 3 juillet 1985 en son article 47 interdit toute reproduction et toute utilisation d'une œuvre informatique. Peut-on assimiler une banque de données à un système informatique ?

Certains auteurs répondent par la négative considérant d'une part que le logiciel est indépendant de la banque de données, qui n'en est qu'une clé ou un outil de communication, considérant d'autre part que la loi du 23 juillet 1985 ne vise nommément que les logiciels et que l'article 5 doit être considéré comme un texte répressif : l'interprétation restrictive de la loi pénale devrait conduire à exclure la mise en œuvre au titre des banques de données (43). De fait, le corpus d'une banque de données peut être géré par différents logiciels ; ce corpus n'est pas lui-même en général une création intellectuelle. Il est pourtant intéressant de noter que la loi du 3 juillet 1985

(40) Philippe Gaudrat, Droits et obligations de l'utilisateur d'une banque de données. Brises n° 12, novembre 1988, 102-111.

(41) Sauf les reproductions destinées à l'usage privé qui, de manière assez générale, sont parfaitement admises. Cf. C. Colombet, Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde. Approche de droit comparé. Litec, p. 54 ; cf. également article 40 de la Loi du 11 mars 1957.

(42) Cassation Ass. plénière, 7 mars 1986, RIDA 1986, n° 129, p. 136, note André Lucas 186, Éd. E II, n° 14-793, note Teyssier, Mousseron et Vivant.

(43) Philippe Gaudrat, Droits et obligations de l'utilisateur d'une banque de données, Brises n° 12, novembre 1988, 102-111. Il est intéressant de noter que le projet du nouveau Code pénal présenté par M. Badinter réunissait dans la même protection programmes, données et tout autre élément d'un système informatique.

si elle ne mentionne pas expressément les banques de données, vise en revanche les droits des entreprises de communications audiovisuelles. Or, la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, indique qu'"on entend par communication audiovisuelle toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de télécommunication, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère de correspondance privée".

Dès lors, il semble qu'une banque de données puisse être considérée comme une entreprise de communication audiovisuelle, et, par voie de conséquence, bénéficier de la protection des droits d'auteur. C'est bien semble-t-il en ce sens que se prononce la Cour de cassation dans son arrêt du 9 novembre 1983, admettant la licéité des citations "incorporées dans une œuvre seconde" ; ainsi pourrait-on considérer que la haute juridiction reconnaît la qualité d'œuvre à une banque de données.

Dans un arrêt de l'assemblée plénière en date du 30 octobre 1987 (44), la Cour de cassation a confirmé cette position à la satisfaction d'une grande partie de la doctrine (45). Certains auteurs manifestent cependant un réel scepticisme, particulièrement en ce qui concerne l'existence d'une forme et d'une originalité afférente à la banque de données (46).

Peut-on considérer qu'une œuvre d'information, simple organisation du stockage et de l'accès aux données réponde aux critères de la loi ? Certes, on pourrait prétendre que l'originalité est propre au logiciel et non au contenu de l'information. A notre sens, la distinction est délicate à faire dans la mesure où la forme et le fond sont étroitement mêlés.

En toute hypothèse, le problème ne se pose pas pour une banque de données génétiques ; les informations contenues par celle-ci, fruit d'une longue recherche, sont incontestablement originales.

b) Protection des données génétiques par le secret commercial et les brevets d'invention

• Par delà l'obligation au secret professionnel, on ne saurait occulter l'obligation générale de discrétion à laquelle est soumis tout salarié. L'ensemble des "savoir-faire" de l'entreprise comme de ses techniques spécifiques en matière documentaire, commerciale ou de gestion sont l'objet d'une protection par la voie du secret commercial. L'obligation au secret sera très souvent incluse dans les contrats de travail ; de surcroît, la plupart des législations sanctionnent l'indiscrétion du salarié directement lorsqu'il divulgue les secrets de l'entreprise (47), ou indirectement par le biais de la concurrence déloyale.

Ainsi, le salarié qui profiterait de son accès à la banque de données pour recueillir des connaissances qu'il divulguerait ensuite à un tiers ou à un

(44) Cour de cassation, Ass. plénière 30 octobre 1987, J.C.P. Éd. G, 1988, n° 20932, rapport Xavier Nicot, note J. Huet.

(45) Voir en particulier Mehl-Mignot, L'information au regard de la propriété intellectuelle : banques de données et droits d'auteur. *Brises* n° 12, novembre 1988, 73 82.

(46) Philippe Gaudrat, Droits et obligations de l'utilisateur d'une banque de données, précité.

(47) Tandis que certains pays comme l'Allemagne ou l'Italie présentent des lois spéciales visant la concurrence déloyale, la France se borne en la matière à faire jouer les dispositions générales de la responsabilité civile pour faute. Voir en particulier : *Law of Trade Secrets in new developments in biotechnology*, n° 1 ; *Ownership of human tissues and cells* p. 78.

concurrent verrait sa responsabilité engagée dans le premier cas sur la base de la violation de l'obligation de discrétion, dans le second cas sur la base de la concurrence déloyale (48).

Il en serait a fortiori de même du salarié qui dupliquerait des données pour les réutiliser ensuite après avoir monté une entreprise concurrente. Il n'est en outre pas exclu que des poursuites puissent être diligentées sur la base de l'article 478 du Code pénal qui sanctionne tout salarié qui aura communiqué à un tiers "des secrets de la fabrique où il est employé".

La notion de secret est entendue par la jurisprudence de manière extrêmement large ; elle recouvre tout intérêt pratique ou commercial mis en œuvre par une entreprise et tenu caché à la concurrence. Par là, pourrait à notre sens être visée toute divulgation des processus d'organisation de la banque des données mais non la divulgation des données elles-mêmes.

• Devant l'insuffisance notoire du recours au secret commercial on songe inévitablement au droit des brevets. Il permet de protéger, au travers d'une procédure de dépôt, toute invention présentant une certaine innovation dans le domaine technique.

Ainsi, les robots extrêmement perfectionnés qui sont mis au point pour les séquençages automatiques sont-ils l'objet de brevets ; de même, on peut envisager de breveter les procédés ou méthodes de séquençage dans la mesure où ils apportent une modification technique dans le procédé (49). Enfin, ne pourrait-on pas breveter les séquences génétiques ainsi découvertes ?

Qu'elles appartiennent à l'espèce humaine ou qu'elles aient été extraites de génomes animaux ou végétaux, les séquences génétiques sont a priori brevetables ainsi qu'en attestent les pratiques de l'Office Européen des Brevets, de l'I.N.P.I. et de la plupart des offices des brevets de par le monde.

De fait, ces séquences doivent être considérées comme de simples molécules chimiques quelque soit le règne auquel elles appartiennent (50). Certains considèrent que les séquences génétiques humaines devraient être exclues du domaine de la brevetabilité sous prétexte que l'inverse serait contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Cela nous semble totalement erroné car l'invention d'une séquence nouvelle ne saurait en elle-même être

(48) L'action en dommages et intérêts pour concurrence déloyale ou illicite ne peut être fondée que sur les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil qui impliquent notamment l'existence d'une faute commise par le défendeur et d'un préjudice souffert par le demandeur.

(49) Voir à titre d'exemple : Brevet EP n° 251106 et 251107 (1987) concernant un procédé de fusion de cellules somatiques.

(50) Traditionnellement races animales et variétés végétales sont exclues de la brevetabilité (voir en particulier le rejet de la demande d'un brevet européen portant sur une souris transgénique alors qu'un brevet avait déjà été obtenu aux États Unis ; Brevet U.S. n°4 736 866, 1988 Chambre d'examen de l'O.E.B. 14 juillet 1989). En revanche, les micro organismes (et indirectement les cellules) peuvent, sans difficulté, être l'objet d'un dépôt de brevet. J. Strauss, La protection par le moyen de la propriété industrielle des inventions biotechnologiques, O.M.P.I. Genève 1985, doc. BIG/28 p. 79. (voir cependant : C. Labrusse-Riou, "Servitude, servitudes" in L'homme, la nature et le droit sous la direction de M.-A. Hermitte et B. Edelman, Bourgeois, Paris 1988, p. 314.

contraire aux bonnes mœurs ; seules les applications auxquelles elle peut conduire risquent d'encourir cette critique (51).

Une fois admis le principe de la brevetabilité, il nous faut examiner si, concernant les séquences génétiques, les conditions de la brevetabilité sont ou non réunies.

Selon l'article 5 de la loi du 13 juillet 1978, les innovations entrent dans le champ de la brevetabilité si elles sont nouvelles, si elles impliquent une activité inventive et si elles sont susceptibles d'une application industrielle

Il sera nécessaire pour déposer un brevet se rapportant à une séquence génétique d'en établir la nouveauté, c'est-à-dire de démontrer que celle-ci n'existe pas dans l'état actuel de la technique. Ainsi que nous l'avons démontré, l'innéité de la séquence n'est pas exclusive du caractère de nouveauté.

En revanche, la nouveauté ne peut plus être invoquée si l'existence de cette séquence a été révélée à la communauté scientifique dans le cadre d'une publication. Une grande prudence sera donc nécessaire pour concilier les exigences du droit des brevets et la prégnante obligation des chercheurs à publier le plus rapidement possible le fruit de leurs découvertes.

Plus aléatoire sera, au regard des séquences génétiques découvertes dans le cadre du séquençage la nécessité d'une activité inventive (52).

En effet, la loi de 1978 exige pour qu'il y ait activité inventive que le résultat ne découle pas au regard de l'homme de métier, d'une manière évidente, de l'état de la technique. L'appréciation de l'activité inventive sera effectuée non sur l'invention globalement mais uniquement sur la parcelle innovante de l'invention (53).

En matière d'ingénierie génétique les critères sont souvent difficiles à établir. D'une part, le niveau de connaissance de l'homme de l'art évolue rapidement ; selon les laboratoires ou équipes de recherches, l'état actuel de la technique sera apprécié différemment (54) ; en outre, le chaînage des connaissances est tel que les phénomènes apparaissent liés entre eux par une logique facilement appréhendable. Ainsi, "il est devenu évident de déchiffrer la séquence en acides aminés d'une protéine connue ou de découvrir des anticorps monoclonaux dirigés vers un antigène connu. L'isolement d'un gène responsable d'un trait phénotypique ou d'un phénomène physiologique déjà étudié requiert pareillement peu ou pas d'activité inventive" (55). Le paradoxe est que souvent ces travaux impliquent la mise en œuvre d'une structure de recherche lourde et onéreuse sans cependant que l'on puisse retenir une activité inventive au sens propre du terme.

A l'inverse, certaines manipulations révéleront parfois des résultats inattendus, atypiques tant il est vrai que le matériel biologique, même si l'on en connaît de mieux en mieux les lois, reste, comme l'ensemble du vivant

(51) Article 6 de la loi du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention, modifié par l'article 5 de la loi du 13.07.1978.

(52) Cf. directives d'examen de l'O.E.B. C. chap. IV, 9.1. "Activité inventive et nouveauté ne se confondent pas et elles s'apprécient successivement".

(53) En ce sens, Décision de la Chambre des Recours de l' O.E.B. T 06 80 J.O.E.B. 1981 p. 234. Cf. également art. 56 de la C.B.E.

(54) V. Singer, "Les chambres de recours et l'analyse des décisions récentes", Éd. O.E.B. Lyon 1983, p. 297.

(55) J.-C. Galloux, La brevetabilité des innovations génétiques..., précité p. 29.

marginalement imprévisible ; c'est donc dans cet espace d'inconnu que l'activité inventive du biologiste pourra exceptionnellement s'exprimer.

La banalisation de certains procédés du génie génétique tend aussi à restreindre le champ et l'exercice de l'activité inventive. Il en est ainsi des problèmes de séquençage. Dans cette hypothèse, il apparaît que la démarche de l'inventeur est évidente comme son résultat. La transposition, par analogie simple, de solutions connues à un problème technique résolu, détruit le plus souvent l'activité inventive. Dans ces conditions, il est à craindre que, dans la plupart des cas, les sous séquences génétiques découvertes, ne soient pas brevetables. Pour qu'il y ait activité inventive, il faudrait véritablement que la séquence ait été totalement ignorée, de même que les protéines ou les effets qu'elle engendre.

Enfin, pour être susceptible d'application industrielle, "la séquence génétique" doit pouvoir, selon la loi de 1978, être fabriquée ou utilisée dans tous les genres d'industrie, y compris l'agriculture.

Le terme industrie s'entend en son sens le plus large, embrassant tout ce qui relève du domaine des arts mécaniques par opposition aux beaux arts (56). En pratique, la condition de l'application industrielle est de mise en œuvre délicate. Il faut en effet déterminer si le produit peut être pratiquement employé dans l'industrie. Qu'en est-il des produits utilisés à des fins de recherche industrielle ? Selon une jurisprudence bienveillante, l'Office Européen des Brevets, par exemple, considère que les produits dits intermédiaires, qui n'ont pas d'application industrielle directe et qui constituent en quelque sorte des outils de recherche, ou les produits dont l'application industrielle n'est au moment de la demande que potentielle, sont néanmoins brevetables. Cette jurisprudence est intéressante puisque dans le cas des séquences génétiques, il est peu probable qu'au moment de leur découverte, on puisse évaluer immédiatement l'intérêt industriel qu'elles peuvent présenter.

Pour ces différentes raisons, il semble que la brevetabilité des séquences découvertes par les opérations de séquençage du génome humain ne représente qu'une proportion marginale du matériel génétique humain.

Ainsi, pourrait-on considérer que la découverte par séquençage du contenu informationnel d'un élément de la nature a un caractère industriel ?

A priori, les concepts purement scientifiques ne peuvent être brevetables (57). En réalité, la jurisprudence, accepte tout ce qui est susceptible d'une implication technique ou industrielle. Il est clair que les données génétiques découvertes dans l'ADN peuvent permettre, au-delà de la démarche d'appropriation, une étude et une classification des données génétiques et éventuellement la possibilité de mettre au point des techniques d'intervention de "chirurgie génétique".

Si la découverte d'un produit naturel ou l'élaboration d'une loi biologique ne sont pas brevetables, le dispositif matériel identifiant les éléments du génome humain et les conséquences techniques qu'il peut avoir, semblent susceptibles de l'être. On est là en présence d'un effet concret et

(56) Directive d'examen de l'O.E.B. C. chap. IV - 4 - 1.

(57) J. Schmidt, L'invention protégée d'après la loi du 2 janvier 1968, collec. C.E.I.P.I. n° 6, Litec 1972.

utile de la recherche, permettant de procurer "un résultat industriel, si le matériel est tangible" (58).

Il n'est guère besoin de démontrer le caractère nouveau des cartes que les scientifiques commencent à établir sur des éléments spécifiques du génome humain. Or, pour la jurisprudence la forme par laquelle l'innovation est révélée, qu'il s'agisse d'une publication scientifique, ou même d'une conférence, importe peu. Dès lors, la révélation et la mise à disposition dans le cadre d'une banque de données ne font pas obstacle à la brevetabilité.

L'article 6 al. 2 de la loi impose enfin l'exigence d'une activité inventive (59). Il est clair pour l'instant que l'état de la technique ne permet pas, et de loin, d'établir dans la réalité des choses un séquençage total du génome humain. S'il n'est pas possible de dire que le résultat est en espèce inattendu, en revanche l'accession à ce résultat implique des progrès techniques tout à fait patents.

La dernière condition pourra peut-être susciter un débat. Est-il contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs de tenter d'objectiver une connaissance précise du patrimoine génétique de l'homme ? A notre sens, nul ne pourra, sauf des esprits chagrins ou attachés à des valeurs passées, répondre par l'affirmative. Le séquençage du génome humain ne peut être contraire à l'ordre public. En revanche, les implications qui peuvent en être déduites risquent dans certains cas de susciter des difficultés. Mais cela est un autre débat.

La brevetabilité des innovations génétiques est aujourd'hui très controversée et ceci pour des raisons morales (60). Il faut à notre sens être très prudents en ce domaine mais également savoir ne pas, pour des raisons de principe, souvent plus intuitives que raisonnées, priver la recherche des protections qui lui sont nécessaires.

D'une part, nous l'avons démontré, seules les implications peuvent être contraires aux bonnes mœurs, d'autre part, la brevetabilité est déjà chose acquise aux États-Unis, bientôt en Allemagne et la refuser en France, risquerait seulement d'accélérer une fuite des chercheurs scientifiques à l'étranger.

Le droit, en ces domaines nouveaux, doit sans complaisance mais également sans a priori accepter de donner des règles à une pratique qui les réclame mais qui, en cas de silence, trouverait elle-même, de manière pragmatique, des éléments de solution.

(58) R. Plaisant et T. Mathely, *Jurisc. brevet d'invention*, fas. IV n° 14.

(59) Article 5 de la Convention de Strasbourg, "une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si elle ne découle pas de manière évidente de l'état de la technique".

(60) C. Labrusse-Riou, "Servitudes, servitudes" in *L'homme, la nature et le droit*, sous la direction de M.A. Hermitte et B. Edelman, Paris, Bourgeois 1988, p. 314.

R.R.J. 1991-2

Pages 385 à 420

- III -

DROIT D'AUTEUR

**DU DROIT DE L'INVENTEUR SUR SES
DÉCOUVERTES :
A LA RECHERCHE D'UN DROIT FABULEUX**

Par

Jean-Christophe GALLOUX

*LL.M. de l'Institut Universitaire Européen de Florence, Docteur en Droit,
Avocat à la Cour de Lyon, Maître de conférences à l'Université de Lyon II.*

*Une huître que le flot y venait d'apporter :
Ils l'avalent des yeux, du doigt ils se la montrent ;
A l'égard de la dent il fallut contester.
L'un se baissait déjà pour amasser sa proie ;
L'autre le pousse et dit : "Il est bon de savoir
Qui de nous en aura la joie.
Celui que le premier a pu l'apercevoir
En sera le gobeur ; l'autre le verra faire.*

Jean de La Fontaine ("L'huître et les plaideurs")

PLAN

INTRODUCTION	1 - 9
1ère PARTIE : L'INVENTEUR COMBLÉ OU LA DÉCOUVERTE COMME FAIT GÉNÉRATEUR DE LA PROPRIÉTÉ	10
A - LA DÉCOUVERTE ET LES MODES ORIGINAIRES D'ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ	11
1- La découverte comme fait générateur imparfait	12
2- La découverte comme fait nécessaire à l'acquisition de la propriété	17
B - LA DÉCOUVERTE ET L'ACQUISITION DE DROITS SUR L'INFORMATION	30
1 - La découverte comme fait permettant d'acquérir une propriété incorporelle	31
2- La découverte comme mode d'appropriation exclusive de l'information. ..	38
2ème PARTIE : L'INVENTEUR FRUSTRÉ OU L'OBSTACLE D'UN JUS FUNDI SUR LA CHOSE DÉCOUVERTE	44
A - LES MANIFESTATIONS DU JUS FUNDI	45
1 - L'exclusivité du jus fundi	46
2 - La concurrence du jus fundi, le jus inventionis	54
B - LA CARACTÉRISATION DU JUS FUNDI	63
1 - Les tentatives de qualification juridique du "jus fundi"	64
2 - Le "jus fundi" comme un élément de la définition du droit de l'inventeur	71
CONCLUSION	77

INTRODUCTION

1. L'homme est d'abord un animal curieux. Il n'a progressé d'âge en âge qu'à la faveur de ses découvertes, en enrichissant la somme de ses connaissances et en élargissant la sphère de ses pouvoirs. La civilisation technicienne des XIXe et XXe siècles a amplifié cette inclination naturelle. L'innovation, qui tient à la fois de la création et de la découverte, y occupe une place prépondérante. Mais si les droits du créateur ont fait peu à peu l'objet d'une reconnaissance juridique avec l'apparition échelonnée des droits de propriété intellectuelle, ceux des découvreurs restent à préciser. A qui appartiennent les choses découvertes ? L'action de découvrir confère-t-elle un droit particulier à l'inventeur sur la chose qu'il a révélée ?

2. Le système juridique traite le découvreur avec une condescendance certaine. Son statut précaire s'exprime d'ailleurs dans l'ambiguïté sémantique qui entoure le terme "inventeur". Si, dans le langage commun, le découvreur désigne la personne qui découvre quelque chose, elle se nomme inventeur dans la langue du droit (1). Or, le terme désigne le créateur comme le découvreur, et l'invention vise la découverte comme la création. Il ne sera question que de l'inventeur-découvreur et de l'invention-découverte dans le cadre de cette étude.

3. La condescendance du système juridique contemporain à l'égard de l'inventeur trouve sa justification dans son attachement à une conception quasi-mystique de la découverte. Tantôt elle est ce "beneficium dei", un cadeau du hasard dont on gratifie parfois l'inventeur élu par la providence ; quoique le plus souvent le droit lui préfère des personnes plus aptes à recevoir ce don, ainsi l'État substitué aux seigneurs de la terre bénie par la découverte. Tantôt se dessine en filigrane le principe selon lequel la découverte de la nature ne peut conduire à l'attribution d'aucun privilège puisqu'elle est commune à tous les hommes (2). La découverte paraît tout au plus comme un fait purement anecdotique commis par un simple dilettante, voire par un importun, auquel aucun droit n'est dû en principe. Dans ces conditions point n'était besoin d'élaborer une règle générale pour les droits éventuels de l'inventeur : une série de lois circonscrites devait permettre de résoudre les conflits possibles. Pourtant, la question d'un droit commun de la découverte vint périodiquement agiter les prétoires. A la fin du siècle dernier le tribunal d'Uzès, saisi par l'inventeur d'une mine de phosphate d'une réclamation en partage des bénéfices d'exploitation de l'immeuble par des tiers, faisait justement remarquer : "le droit de l'inventeur n'est nullement reconnu par aucun texte du Code civil [...]. Si plusieurs lois spéciales consacrent et régissent la propriété d'une invention, le législateur, dans ces cas spéciaux a soin de spécifier dans quelle mesure il entend sauvegarder les droits de l'inventeur et dans

(1) V. par ex. G. Cornu, "Vocabulaire juridique" PUF, Paris, 1987, V° Inventeur ; l'invention vise autant la découverte stricto sensu que la création.

(2) V. par ex. M.-A. Hermitte, "Histoires juridiques extravagantes. La reproduction végétale" in "La gestion des ressources naturelles d'origine végétale" sous la direction de Ph. Kahn et J.-C. Fritz, Paris, Litec, 1983, p 277.

quelle mesure il prétend les garantir" (3). Le droit de l'inventeur sur ses découvertes semble demeurer aussi fabuleux que les objets sur lesquels il porte parfois.

4. La situation sociale et économique de l'inventeur a toutefois évolué. Aux chasseurs de trésors et aux chercheurs de pépites ont succédé des inventeurs moins aventureux et, partant, plus conscients de leur rôle et plus inquiets de leurs prérogatives. Les découvertes sont désormais le fruit d'un travail de recherche coûteux ; l'instrumentation ouvre de nouveaux horizons à la sagacité humaine bien au-delà de ses perceptions sensuelles ; la nature s'apparente davantage à un construit qu'à un donné. L'action de découvrir, tout en demeurant essentiellement identique à celle des plaideurs de La Fontaine face à l'huître déposée par le flot, prend de nouvelles dimensions. L'intérêt économique qui sous-tend l'appropriation des découvertes, dans des domaines technologiques de pointe notamment, multiplie les occasions de conflit. Les développements récents en matière de télédétection et de biotechnologie l'illustrent (4). Les chercheurs universitaires s'interrogent sur l'existence et la portée de leurs droits à l'égard des résultats de leurs investigations (5). Qui du propriétaire de la matière première ou de l'inventeur peut revendiquer l'information découverte sur celle-ci ? La pratique contractuelle tend à renouveler les solutions juridiques de façon à prévenir les revendications contraires portant sur l'objet de la découverte. Une approche globale s'avère nécessaire de façon à confronter l'ensemble des réponses apportées par le droit en vue de préciser dans quelle mesure il est possible de conclure à l'émergence d'un droit de l'inventeur sur ses découvertes. Avant de tenter d'y répondre, de faire la part de la réalité et de la fable, il importe de mieux cerner la notion de découverte.

5. La découverte s'entend à la fois de l'objet et de l'action sur lequel elle porte. L'action, que les textes juridiques (6) et les commentaires (7) rencontrent, peut se définir comme la révélation d'une chose existant objectivement mais inconnue jusqu'alors. L'objet doit obéir à ces caractéristiques afin de qualifier l'action visée.

6. L'objet de la découverte est une chose. La chose s'apprécie elle-même en relation avec l'exigence d'une "existence objective". Il peut s'agir de choses tangibles mobilières ou immobilières, d'une liasse de billets (8),

(3) Trib. civ. d'Uzes, 11 juin 1895, D.1896, 2, p. 507.

(4) Cf. infra, n° 57 et 60.

(5) Voir par ex. : Gary B. Mecton, "Must Researcher Share their Data ?", *Law and Human Behaviour*, vol. 12, n° 2, 1988, pp. 159 ss. ; Alan B. Goldman, "Ethical Issues in Proprietary Restrictions on Research Results", *Science, Technology and Human Values*, vol. 12, n° 1, 1987, pp. 22 ss.

(6) Voir par ex. pour les découvertes scientifiques : *Traité de Genève concernant l'Enregistrement International des Découvertes Scientifiques*, adopté à Genève le 3 mars 1978, art. 1i ; voir également la définition des découvertes données dans les lois relatives aux brevets de l'URSS, de la Bulgarie et de la Tchécoslovaquie : Yolanda Eminescu, "La protection des inventions dans les pays socialistes européens", L.G.D.J., Paris, 1977, pp. 44 ss notamment.

(7) En particulier en droit européen des brevets lorsqu'il s'agit d'examiner si l'on a à faire avec une invention brevetable ou une découverte exclue de la brevetabilité : voir par ex. J.-M. Mousseron, "Traité des brevets", Litec, Paris, 1985, n° 161, pp. 179-180.

(8) Paris, 27 avril 1868, S. 1868. 2. 141.

comme d'une mosaïque romaine (9). La chose désigne aussi l'objet tangible, l'information, comme la qualité d'une chose (10), la perception d'une chose (11) ou d'un événement (12).

7. L'objet de la découverte doit exister de façon objective, donc réellement et antérieurement à la découverte. Aussi, les conceptions et les théories abstraites paraissent-elles exclues du champ de notre définition. Elles n'existent que par leur conceptualisation ou par leur formulation, lors même qu'elles prétendent établir la réalité d'un phénomène ou d'une chose ayant toujours été. Elles possèdent un caractère subjectif qu'illustrent fort bien les théories scientifiques (13). En cela, les théories se rapprochent des créations intellectuelles que le droit régit (14). L'invention technique brevetable et l'œuvre d'art produisent des choses qui n'existaient pas auparavant ; l'élément d'antériorité leur fait défaut. La notion de création s'oppose donc à celle de découverte. Les créations intellectuelles qui sont autant de créations d'information (15) constituent l'objet des droits de propriété incorporelle qui récompensent précisément l'effort créatif de leur auteur (16). On ne saurait découvrir l'œuvre d'un autre (17). Mais il demeure possible de découvrir un objet dans lequel l'acte créatif se sera matérialisé, l'hypothèse est alors différente (18) et doit être écartée du cadre de cette étude.

8. L'objet de la découverte enfin, doit être ignoré, faute de quoi la découverte ne serait plus une révélation. Un ouvrier agricole apercevant au milieu du champ qu'il cultive une météorite récemment tombée, fait assuré-

(9) Immeuble par destination en raison de son attachement au sol : Req. 13 déc. 1881, D.P. 1881, 1, 55.

(10) Voir par ex. les Directives d'Examen de l'Office Européen des Brevets, c. chap. IV, 2:1, "Quiconque découvre une propriété nouvelle d'une matière ou d'un objet connu, fait une simple découverte qui n'est pas brevetable".

(11) Ainsi les données relatives à la composition du sous-sol survolé récoltées par voie de télédétection : cf. infra, n° 57.

(12) N'est-ce pas la valeur des résultats des recherches effectuées par les généalogistes, qu'ils opposent aux héritiers qui l'ignorent ; v. par ex. Cass. civ. 1ère 18 avril 1953, J.C.P. 1953, II, n° 7761 ; Rouen, 15 mai 1909, D.P. 1990, 2, 167 ; Paris, 27 nov. 1950, D. 1951, Somm. 21.

(13) Voir en ce sens : Jacques Robin, "L'œuvre scientifique. Sa protection juridique est-elle pratiquement réalisable ?", Bossuet, Paris, 1928, p. 34 : "L'œuvre scientifique nous apparaît donc et avant tout comme une construction subjective, une représentation imaginaire de la réalité physique". Cette thèse, peut-être extrême, se trouve aujourd'hui en partie partagée : v. par exemple : T. Kuhn, "La structure des révolutions scientifiques", Flammarion, Paris, 1983, pp. 83 ss. notamment.

(14) D'où le mot "d'œuvre scientifique" qu'on leur confère parfois : cf. note précédente.

(15) Ce fait a été bien mis en évidence par C. Le Stanc, "The Rights of the Creator of Information in France", EIPR, 1989, n° 1, pp. 32-34 ; voir également J.C. Galloux, "Essai de définition d'un statut juridique sur le matériel génétique", Thèse de droit, Bordeaux-I, 1988, pp. 154 ss.

(16) V. art. I de la loi du 11 mars 1957 relative au droit d'auteur ; Caroline Carreau, "Mérite et droit d'auteur", préf. d'André Françon, L.G.D.J., Paris, 1981, pp. 39 ss.

(17) V. par exemple : Paris, 6 mars 1931, D.H. 1931, p. 227.

(18) L'inventeur d'un objet d'art ne saurait se prévaloir des droits attribués au créateur de cette œuvre ; tout au plus pourrait-il interdire certains usages de cette chose, comme par exemple sa reproduction sur le fondement du droit de propriété corporelle : en ce sens : Paris, 16 nov. 1912, DP 1913, 2, p. 240 ; il en irait différemment si cet inventeur tirait lui-même des reproductions de cet objet : les reproductions pourraient être protégées, en tant que créations nouvelles, sous le régime du droit d'auteur.

ment une découverte tant il est vrai qu'il est sans doute le premier être humain à en apprendre l'existence (19). La nouveauté de l'objet découvert s'apprécie pourtant rarement de façon aussi absolue (20). La nouveauté du trésor résulte de ce que la mémoire commune a perdu la trace à la fois de son existence et de son propriétaire (21). La nouveauté de l'épave résulte de l'ignorance dans laquelle son maître demeure quant au lieu où elle se trouve (22). Soupçonner la réalité d'une chose avec plus ou moins de précision, ne s'oppose pas à ce qu'elle soit a priori découverte par la suite (23). L'exigence selon laquelle la chose doit être ignorée pour qu'elle fasse l'objet d'une découverte varie donc selon la nature de la chose, le lieu ou les circonstances entourant sa révélation. Cette variation trouve néanmoins une limite de bon sens : on ne découvre pas ce qui est évident à un grand nombre d'individus. La découverte comme action s'analyse en un fait juridique auquel le droit attache le plus souvent des conséquences juridiques. Ces conséquences, pour le moins diverses, couvrent l'entier spectre des réponses du droit : de l'absence de prérogative sur la chose découverte jusqu'à l'attribution de la propriété et l'octroi d'un droit moral. Les conditions dans lesquelles le droit est conféré apparaissent tout aussi complexes. Mais si l'on refuse d'apercevoir dans cette diversité et cette complexité l'expression du plus pur arbitraire, il est permis de discerner deux principes qui marquent à notre sens l'émergence d'un droit de la découverte.

9. Selon le premier principe, la découverte est un fait générateur de la propriété. L'accomplissement de cette action peut déterminer l'acquisition de la chose découverte. Le principe se justifie aisément : il est équitable que celui qui par son comportement enrichit la communauté en y faisant entrer ou rentrer un nouvel objet, profite en priorité de cet enrichissement (24). Une approche aussi libérale et individualiste (25) ne vaut pourtant pas dans toutes les situations. Le second principe veut que lorsque le droit de l'inventeur entre en conflit avec un droit plus éminent, celui de l'État ou celui que les particuliers détiennent sur leurs biens ou sur leurs fonds privés, l'inventeur perde ses prérogatives sur la chose découverte ; ou plus exactement, on ne lui en reconnaît aucune. Tantôt comblé, tantôt frustré, l'inventeur se fraie un chemin vers la reconnaissance d'un droit pleinement autonome et direct. Ce débat nous replace en définitive devant la genèse historique et juridique des droits privatifs.

(19) Trib. Civil d'Aix, 17 janv. 1898, D.P. 1898, 2. p. 507.

(20) Certaines explorations ramènent, certes, leur moisson de choses totalement nouvelles : les détails de la planète Neptune par exemple, révélés par la sonde Voyager II (Le Monde du 16 août 1989).

(21) En ce sens, Cass. Crim. 24 nov. 1976, Bull. Crim. n° 342, a contrario.

(22) Étymologiquement, l'épave désigne l'animal effrayé qui a échappé du contrôle de son maître (*Expave facta*) et dont ce dernier ignore a priori la retraite.

(23) Trib. Florence, 7 avril 1900, S 1903, 4, p. 21 à nuancer ; v. Orléans, 10 fév. 1842, S. 1842, 2, p. 455.

(24) En ce sens : Adriano De Cupis, "Teoria e pratica del diritto civile", Giuffrè, Milano, 1967, pp. 341 et 350 notamment.

(25) En ce sens : Jean Carbonnier, "Droit civil", vol. 3, "Les biens", P.U.F., Paris, 1980, n° 82.

I - L'INVENTEUR COMBLÉ OU LA DÉCOUVERTE COMME FAIT GÉNÉRATEUR DE LA PROPRIÉTÉ

10. L'action de découvrir une chose est un fait susceptible de rendre son auteur propriétaire. Siméon résumait en ces termes la problématique de l'invention : "l'usage des facultés naturelles, les faveurs du hasard et l'avantage de la primauté ne doivent pas être en contradiction avec une propriété préexistante et mieux fondée en droit" (26). L'invention conduit exceptionnellement à l'attribution automatique de la propriété sur la chose découverte ; dans la plupart des cas il faut s'assurer de ce que la chose peut être appropriée. En effet, l'invention ne décide pas d'un transfert de propriété mais de la naissance ou de la reconnaissance du droit au profit de l'inventeur. Dans cette mesure, elle participe des mécanismes originaires d'acquisition de la propriété des choses corporelles (A). A l'égard des choses incorporelles que constituent les informations, il semble également que leur invention conduise à l'acquisition d'un droit privatif (B). D'une manière générale, la nature juridique ou réelle de l'objet découvert fait varier l'importance de l'acte de découvrir au regard des processus acquisitoires.

A - LA DÉCOUVERTE ET LES MODES ORIGINAIRES D'ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ

11. Selon la nature juridique de la chose découverte, l'invention représente une condition factuelle imparfaite c'est-à-dire qui contribue à la naissance du droit réel, ou une condition nécessaire mais insuffisante à l'acquisition de la propriété.

1 - La découverte comme fait générateur imparfait

12. L'inventeur doit posséder la chose afin de l'acquérir. La prise de possession et la maîtrise qu'elle suppose, servent à réserver à l'homme la disponibilité exclusive de la chose : il doit être en mesure d'exercer paisiblement sur elle des actes d'usage et de jouissance (27). La maîtrise exclusive est une étape essentielle à la naissance du droit privatif puisque ce droit se définit précisément par cette exclusivité. L'attitude personnelle doit en outre exprimer la volonté de se comporter à l'égard de la chose en véritable propriétaire. L'occupation répond ainsi à des conditions qui dépassent la réalisation d'une découverte. Le fait de l'inventeur ne saurait donc à lui seul faire naître un droit réel à son profit sur une chose sans maître ; mais il y contribue.

13. Le mécanisme de la découverte par occupation. La découverte est la rencontre et la perception de la chose (28). Considérée comme une forme d'appréhension, la découverte est déjà possession. L'appréhension n'exige pas toujours, en effet, un contact physique avec la chose : la perception au

(26) Siméon, "Discours au corps législatif", in Loaré, tome IV, p. 130.

(27) Occupare et capere partagent la même étymologie ; Aubry et Rau, tome 2, n° 177, p. 106 ; Carbonnier, *op. cit.*, n° 41, p. 136.

(28) En ce sens, A. De Cupis, *op. cit.*, op. 341.

moyen des sens y suffit (29). La mise en la présence matérielle de la chose doit toutefois entraîner la faculté d'en disposer librement et de façon exclusive ; elle doit supposer l'exercice d'une maîtrise pour le moins virtuelle. En conséquence, l'inventeur qui aurait manqué de manifester sa puissance sur la chose (30) prend le risque d'être évincé par un occupant ultérieur. Le droit du premier occupant ne se confond pas avec le fait de l'inventeur ; il le prime. Ainsi, le chasseur qui découvre un gibier n'en devient propriétaire par occupation qu'autant qu'il l'aura pris. Aperçue ou blessée, la proie échappée demeure hors de sa maîtrise (31). Aussi, la découverte n'est-elle, elle-même, ni nécessaire ni suffisante à l'acquisition de la propriété par occupation d'une chose sans maître. L'action de découvrir peut faire naître du chef de l'inventeur un droit de propriété mais seulement lorsqu'elle s'accompagne d'une maîtrise virtuelle sur la chose et si elle se trouve corroborée par la volonté de se l'approprier.

14. LE DOMAINE DE LA DÉCOUVERTE PAR OCCUPATION.

L'extension de la souveraineté des États, l'élargissement du contrôle de la communauté internationale sur les zones non encore soumises aux précédents et l'achèvement de la colonisation humaine sur le globe terrestre ont réduit à néant le domaine immobilier des choses sans maître. Le territoire national ne comprend plus d'immeubles sans maître (32) et l'inventeur tenterait vainement d'acquérir par occupation les fonds de la haute mer (33) ou les cratères de la lune (34) déclarés patrimoine commun de l'humanité.

15. La civilisation a appauvri quoique moins radicalement le domaine traditionnel des choses sans maître de nature mobilière. En revanche elle ouvre de nouveaux champs à la sagacité des chercheurs. L'instrumentation scientifique révèle l'existence d'une multitude d'objets nouveaux qui rentrent parfois dans le commerce juridique en raison de leur valeur industrielle (35). La question des droits de l'inventeur conserve à cet égard tout son intérêt.

16. Le principe de l'appropriation par voie d'occupation des choses sans maître connaît une exception remarquable avec les choses du crû de la

(29) En ce sens : F.C. Von Savigny, "Traité de la possession au droit romain", trad. H. Staedler, Bruylant, Bruxelles, 1879, p. 197 ; J. Carbonnier, *op. cit.*, et *loc. cit.*

(30) Ces faits sont parfois délicats à établir : le droit romain, formaliste et empreint de religiosité reconnaissait l'appréhension par voie de symboles, en certaines hypothèses ; v. Savigny, *op. cit.*, p. 189 ; il faudrait de nos jours des manifestations plus matérielles.

(31) V. Planiol et Ripert, "Traité pratique de droit civil français", tome III, n° 597, pp. 580-581 ; Savigny, *op. cit.*, p. 205 ; Req. 29 avril 1862, D. 1862, 1, p. 449.

(32) Art. 713 du Code civil que l'on cantonne dans le seul domaine immobilier.

(33) v. Convention Internationale sur le Droit de la Mer, signée à Montego Bay le 10 déc. 1982 par 117 États dont la France.

(34) v. Traité sur les principes gouvernant les activités des États relativement à l'exploration et l'usage de l'espace extraatmosphérique, incluant la lune et les autres corps célestes (Londres, Moscou et Washington, 27 janvier 1967) ; agrément de l'ONU du 12 novembre 1979, doc. A/34/664.

(35) C'est le cas des micro-organismes, des structures intimes des êtres vivants et de la matière, qui, désormais reconnues, permettent de leur assigner des applications particulières. La mise à la disposition du public d'une instrumentation performante comme le détecteur de métaux a considérablement augmenté les vocations d'inventeurs...

mer (36). La dénomination vise les produits tels que l'ambre, le corail et les minéraux propres à la taille, ainsi que les poissons dits "à lard" comprenant pour l'essentiel, les grands cétacés riches en graisses, source jadis importante d'huile domestique (37). Ces objets reçoivent la qualification d'épaves lorsque les flots les jettent sur les grèves de sorte que leur appropriation s'accomplit par voie d'invention et non d'occupation (38). Elles restent acquises à celui qui les découvre et non au premier occupant. La règle se fonde davantage sur des raisons d'ordre historique (39) que sur la considération des objets eux-mêmes dont il ne fait aucun doute qu'ils demeurent des choses sans maître (40). Cette exception nous conduit à examiner plus en détail les hypothèses dans lesquelles la découverte constitue le fait nécessaire à l'appropriation d'une chose.

2 - La découverte comme fait nécessaire à l'acquisition de la propriété

17. L'invention est un mode original d'acquisition de la propriété (41), autonome et distinct (42) de l'occupation (43). Elle possède un domaine propre : celui des choses sans possesseur actuel ; des caractères spécifiques : elle n'exige ni une maîtrise de la chose ni une volonté conscience d'acquérir ; elle requiert enfin des modalités particulières destinées à établir ou à s'assurer de la vacance définitive de la chose découverte. Le fait de découvrir apparaît au sein du mécanisme juridique de l'invention, comme l'acte initiateur et décisif de l'acquisition de la propriété.

18. LES CARACTÉRISTIQUES DE L'INVENTION. A la différence de la possession, l'invention n'oblige pas à une maîtrise effective ou virtuelle de la chose pour décider de l'octroi du droit privatif (44). Dès lors, le terme invention signifie exactement celui de découverte : il désigne l'acte par lequel la chose est révélée ou mise en présence de l'inventeur. L'activité inventive va ainsi permettre d'identifier la personne de l'inventeur. L'inventeur

(36) v. art. 717 C. Civ. qui renvoie à ce régime particulier.

(37) v. Emmanuel du Pontavice et Patricia Cordier, "Modes divers d'acquérir la propriété, épaves", *Jurisqueur*, art. 717, fasc. E, 1987, p. 47 ; l'énumération ne comprend pas le goémon de mer qui est acquis au premier occupant dans les communes où celui-ci est un inscrit maritime (Déclaration du 31 mai 1731, titre 3, art. 3) et le goémon épave, échoué sur les rivages (Ordonnance de la Marine, août 1681, liv. IV, titre X, art. 5, in Isambert, *op. cit.*, tome XIX, pp. 398 ss).

(38) Art. 29 de l'Ordonnance de la Marine, précitée.

(39) v. pour le droit romain : D., 41, 2, 1, 1 ; Paul Ourliac et J. de Malafosse, "Droit romain et ancien droit", P.U.F., Paris, 1961, tome II, n° 142, pp. 252-253.

(40) D'ailleurs elles concernent cette nature de choses sans maître acquises au premier occupant si elles sont pêchées sur les flots ou retirées du fonds de la mer, en ce sens : Baudry et Lacantinerie, n° 70, p. 52.

(41) Le texte fondamental en la matière est celui de l'article 716 du C. Civ.

(42) En ce sens : A. De Cupis, *op. cit. et loc. cit.* ; Biondi, "Istituzioni", pp. 230 ss. ; Henri Le Page, en coll. avec R. Dekkers, "Traité élémentaire de droit civil belge", Bruylant, Bruxelles, 1953, col. VI, 1953, n° 19, p. 21.

(43) *Contra* : Christian Atias, "Droit civil" "Les biens", Litec, Paris, 1980, n° 146, pp. 196-197 ; Demolombe, *op. cit.*, p. 38, notamment.

(44) En ce sens : v. notamment Henri Simonnet, "Le statut juridique des objets perdus ou égarés et l'intervention administrative", R.T.D.Civ., tome XXI, 1922, p. 546 ; J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 80, p. 343 ; *contra* : Demolombe, *op. cit.*, p. 38.

du trésor par exemple est la personne dont le geste l'aura mis à jour (45). Son droit ne disparaît pas avec l'appréhension et la détention ultérieure d'un tiers. De la même manière, l'épave est acquise à la première personne qui l'aperçoit, fût-elle contrainte par la suite de consigner sa découverte auprès d'une autorité administrative. Aucun conflit ne s'élève entre l'inventeur et l'occupant ultérieur : celui-là garde préférence sur celui-ci en raison du caractère suffisant de l'appréhension première. Il est cependant acquis que l'inventeur devra occuper la chose afin de remplir une éventuelle obligation de consignation selon les prescriptions administratives. L'exigence d'une détention temporaire ne conditionne que l'efficience de l'invention envers l'octroi du droit de propriété. Ces faits successifs se distinguent de l'invention qui, considérée en elle-même, consiste simplement dans le fait de la découverte (46).

19. La nature juridique des objets susceptibles d'appropriation par invention justifie l'absence d'une détention : ce sont des choses dont le maître reste inconnu et sans possesseur, "*vacuae possessionis*" au moment de leur découverte. Une nouvelle possession n'apparaît pas nécessaire dans cette hypothèse puisque sa fonction revient à exprimer l'attachement de la chose à son maître qui représente, nous l'avons observé, l'élément essentiel à reconnaissance de la propriété (47) ; or la chose "*vacuae possessionis*" conserve un maître.

20. La suffisance de l'invention se confirme avec l'indifférence que la loi manifeste à l'endroit de l'état d'esprit de l'inventeur. Hors le cas justement inverse où l'on désire écarter les importuns du fonds d'autrui (48), l'inventeur n'a pas à faire montre d'une volonté orientée vers la découverte, ni même à présenter une conscience particulière dans l'action de découvrir. Il n'y a pas lieu par conséquent de vérifier l'existence d'un "*animus domini*" dans le chef de l'inventeur et d'écarter les incapables du bénéfice de l'invention.

21. LE DOMAINE DE L'INVENTION. Il s'étend à toutes les choses "*vacuae possessionis*" ; elles se partagent entre les trésors et les épaves.

22. La définition précise du trésor (49) recouvre dans les faits des réalités fort diverses qui ne se limitent pas aux seules découvertes numismatiques, de métaux précieux (50) ou d'objets d'intérêt historique (51), si elles

(45) v. par ex. : Trib. Civ. Villefranche sur Saône 11 Fév. 1954, G.P. 1954, 1, P. 401 ; Demolombe, *op. cit.*, p. 70 ; Colin et Capitant, "Traité de droit civil", par Julliot De La Morandière, tome 1, Paris, 1953, n° 1933.

(46) En ce sens : A. De Cupis, *op. cit.*, p. 346.

(47) Cf. *supra*, n° 12.

(48) Sur le terrain d'autrui, le trésor doit être découvert sous l'effet du hasard pour donner lieu à un droit au profit de l'invention : "Il s'agit moins d'un élément de définition des droits de l'inventeur que d'une condition posée afin de décourager les entreprises indiscretes des chercheurs de trésor sur la propriété d'autrui". G. Marty et P. Raynaud, "Les biens" "Droit civil", Sirey, Paris, 1980, n° 416 ; dans le même sens, Carbonnier, *op. cit.*, n° 80. Pour une illustration récente : T.G.I. Millau, 26 mai 1988, D 1990, Som. pp. 87-88.

(49) Art. 716 du Code civil, Le trésor est toute chose cachée ou enfouie sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété, et qui est découverte par le pur effet du hasard".

(50) V. par ex. : Bruxelles, 5 avril 1823 S. 1823, 2, 190 ; Orléans, 10 fév. 1842, S. 1842, 2, p. 455 ; Trib. Civ. de Villefranche sur Saône 11 fév. 1954, précité ; Trib. Civ., Dijon, 14 août 1882, G.P. 1882, 2, P. 422.

sont plus propres à frapper l'imagination. Les textes ne posent aucune condition d'ancienneté ou de préciosité (52). Le trésor est toute chose mobilière enfouie volontairement ou non (53) dont la nature particulière l'individualise et la distingue du fonds dans laquelle elle se trouve (54).

23. La notion d'épave est plus vaste "puisque'elle comprend toutes les choses actuelles soustraites à l'emprise de leur maître [...] dès lors que le dépouillement du maître se limite au corpus à l'exclusion de l'animum" (55). Elles se distribuent entre épaves maritimes, fluviales ou terrestres suivant le lieu de leur gisement (56). Toutes ne peuvent être l'objet d'une découverte au sens que nous avons fixé : les choses oubliées en dépôt par exemple deviennent certainement *vacuae possessionis* mais la présence de l'objet à telle place n'est nullement ignorée (57)

24. LES MODALITÉS DE L'ACQUISITION PAR INVENTION. La chose "*vacuae possessionis*" ayant présumément un maître, l'attribution de la propriété à son inventeur ne peut intervenir qu'avec l'assurance que le maître n'existe plus. Deux systèmes ont cours régissant chacune des catégories de ces objets : celui de la présomption qui emporte l'octroi immédiat du droit ; celui de la consignation et de la déclaration qui subordonne l'octroi du

(51) Des ossements d'animaux préhistoriques : Trib. Civ. de Saint-Sever, 15 juillet 1899, G.P. 1898, 2, p. 230, quoique dans ce dernier cas les qualifications de trésor soit étrange s'agissant manifestement d'objets naturels qui n'ont jamais été appropriés : comp. note anonyme sous Trib. Civ. d'Aix, 17 janvier 1898, D.P. 1898, 2, p. 507 ; en ce sens, Le Page, *op. cit.*, p. 24, n° 22 ; une statue : Rouen, 5 juillet 1954, D.1954, p. 763 ; des tombeaux : Bordeaux, 21 mars 1899, S. 1900, 2, p. 103 ; ces trésors d'intérêt "préhistorique, historique, artistique, archéologique ou numismatique" sont régis désormais par la loi du 27 sept. 1941 "portant réglementation des fouilles archéologiques" (J.O. du 15 septembre 1941), qui ne leur enlève d'ailleurs pas leur qualification juridique.

(52) Ces exigences ont été respectivement abandonnées par la jurisprudence actuelle : Bologne, 21 juin 1921, S. 1903, 4, p. 23 ; Reims, 9 janv. 1952, D. 1951, p. 443.

(53) Pour une statue antique s'étant enfoncée dans le sol : Alger, 20 mars 1912 précit. ; trésor enfoui dans des mines : Paris, 9 nov. 1948, J.C.P. 1948, II, 4976 et Trib. Civ., Villefranche sur Saône, 11 fév. 1944, 1, p. 401 ; E. du Pontavice et P. Cormier, art. cit., n° 18. Pour des fossiles, v. T.G.I. Millau, 26 mai 1989, précit.

(54) V. Versailles, 11 mars 1986, D. 1987, Somm. 14, note Robert, à défaut de quoi il recevrait la nature d'accessoire du fonds et l'article 552 du C. civ. viendrait à s'appliquer. En ce sens : Demolombe, *op. cit.*, 53 ; Baudry et Lacantinerie, "Traité théorique et pratique de droit civil, Paris, 1899, tome 6, par Wahl, n° 35, p. 30 ; Morel, Jurisclasseur, art. "Trésor", 1982, n° 36 ; Alger, 20 mars 1912, D.1913, 2, p. 87 ; l'exemple des billets de banque trouvés dans une pelote de tissu est flagrant : Paris, 27 avril 1868, S. 1868, 2, p. 141 ; en un mot, le fonds n'est pas le "gîte naturel" de la chose : Planiol et Ripert, par Picard, *op. cit.*, n° 605, p. 587. A la différence d'un élément demeurant dans un immeuble et dont la possession est transmise avec la propriété de celui-ci : v. De Savigny, *op. cit.*, pp. 209 ss et 212 ss.

(55) J. Vandamme, "Contribution à l'étude de la revendication des épaves terrestres", R.T.D. Civ. 1943, p. 164 ; E. du Pontavice et P. Cormier, art. cit., n° 2 ; la lettre de l'article 717 du Code civil n'en limite pas le champ.

(56) Sur l'ensemble de cette question, v. A. De Cupis, *op. cit.*, pp. 361 ss.

(57) Ce sont par exemple les copies d'œuvres d'art abandonnées dans les musées nationaux (Loi du 30 juillet 1913, D.P. 1915, 4, p. 61) ; les objets remis à des entreprises de transport ou de messageries (Lois des 7 mars 1932, D.P. 1932, 4, p. 144, 17 sept. 1940 et 20 oct. 1941, D.A. 1941, p. 535) ; des objets mobiliers confiés à un professionnel pour être travaillés (Loi n° 68-1248 du 31 déc. 1968) etc., sur l'ensemble de la question, v. E. du Pontavice et P. Cordier, art. cit., n° 134 ss.

droit à l'accomplissement de ces formalités et le diffère jusqu'à leur achèvement.

25. La qualification de trésor emporte l'assomption que son propriétaire originaire est introuvable. Rien ne peut donc justifier d'en retarder l'attribution : elle est concomitante à la découverte (58). Le fait de la découverte donne naissance immédiatement au droit de l'inventeur. Mais la présomption de vacance n'est pas irréfutable : le propriétaire originaire peut revendiquer la propriété du trésor, s'il la justifie, pendant un délai de trente années à compter du jour de la découverte (59).

26. La vacance des épaves doit être établie au moyen d'un mécanisme juridique dont l'efficacité repose sur la publicité (60). Le droit français reste en ce domaine lacunaire : le droit commun qu'annonçait l'article 716 al. 2, du Code civil n'a jamais vu le jour. Les lois spéciales, qui au demeurant régissent maintes hypothèses, la pratique administrative et la jurisprudence toutes ensemble permettent cependant de dégager les grandes lignes du processus de l'acquisition par invention.

27. Les législations particulières édictent une série de mesures comparables destinées à identifier le propriétaire. L'inventeur doit déclarer sa trouvaille dans un bref délai auprès d'une autorité administrative apte à assurer la publicité de la découverte (61). L'écoulement d'un laps de temps variable permet de s'assurer de la vacance certaine de la chose. Si le maître ne se représente pas à l'issue de ce délai, la chose est vendue ou attribuée à qui de droit (62). De toutes les choses découvertes, l'inventeur n'acquiert la propriété que

(58) En ce sens très clairement, Trib. Civ. de Villefranche S/Saône, 11 fév. 1954 précit. : [...] ces deux droits [...] prennent nécessairement naissance en même temps que le jour où le trésor a lui-même une existence juridique, c'est-à-dire le jour de sa découverte" ; Angers, 15 juillet 1851, S. 1851, 2, p. 491 ; Alger, 20 mars 1912, précit.

(59) Sur le délai trentenaire notamment, v. Planiol et Ripert, "Traité pratique de droit civil français", tome III, "Les biens" par Picard, Paris, 1926, n° 607, p. 588 ; H. Le Page, *op. cit.*, n° 24, p. 25 ; le point de départ ne peut-être que le moment de la découverte, puisque ce moment marque la naissance du droit de l'inventeur (v. Zenati, F. "Les biens", P.U.F. 1988, n° 48, p. 61. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, tome 1 n° 52 ; Planiol et Ripert par Picard, tome 3 n° 607 ; Ripert (contra) note sous Trib. civ. Seine, 1er juin 1949 p 350). En ce sens notamment : Marty et Raynaud, *op. cit.*, n° 417, p. 526 ; Planiol et Ripert par Picard, *op. cit.*, n° 617, p. 595.

(60) Sur l'ensemble de cette question, v. A. De Cupis, *op. cit.*, pp. 361 ss.

(61) Le délai de déclaration à l'administration est de 48 heures pour les épaves maritimes (art. 2 du Décret 78-847 du 3 août 1978, J.O. du 13 août, p. 3063) et pour les épaves aériennes (art. R-142-1 du Code de l'aviation civile), sans délai pour les épaves fluviales (Ordonnance des Eaux et Forêts, août 1669, in Isambert, tome 18, p. 304, art. 16 du titre XXXI), les animaux de basse cour (art. 202 du Code Rural), les pigeons voyageurs (art. 8 du Décret du 24 avril 1961, J.O. 29 avril, p. 1824) ; le délai de réclamation est de trois mois pour les épaves maritimes et les épaves aériennes tombées dans le domaine maritime, un mois pour toutes les autres précitées, huit jours pour les animaux trouvés errants (art. 200 du Code Rural). Cinquante jours pour les chiens et les chats mis en fourrière (art. 213-1A du Code Rural).

(62) Sur l'ensemble de cette question, v. E. du Pontavice et P. Cordier, *op. cit.*, n° 33 pour les épaves maritimes, n° 107 pour les épaves terrestres, notamment. Pour les biens culturels maritimes: v. Loi n° 89, 874 du 1er décembre 1989 relative aux biens culturels maritimes et modifiant la loi du 27 septembre 1941 portant réglementation des fouilles archéologiques" (J.O. du 5 décembre, p. 15033 ; Christian Lavalley, J.C.P. 1991.I.3489).

des épaves maritimes de peu de valeur et des animaux de basse-cour (63). Mais, à ce point de notre étude il nous importe seulement de souligner que la chose fût-elle attribuée à l'État, le droit privatif naît du fait de l'invention auquel l'accomplissement de la procédure aura donné sa pleine efficacité. A la différence de la présomption de vacance édictée en matière de trésor, l'expiration du délai de réclamation marque ici la certitude de la vacance (64) : le droit du propriétaire originaire disparaît en même temps que naît celui de l'inventeur (ou de l'État) ce qui lui interdit toute revendication pour l'avenir.

28. Le sort des épaves terrestres apparaît plus incertain à défaut de texte général. On s'accorde à donner préférence à l'inventeur par l'attribution de la propriété de la chose découverte mais à l'issue d'un processus et d'un délai qui restent à préciser (65). L'inventeur n'acquiert ni par occupation ni par usucapion (66), il faut donc s'en remettre au délai standard trentenaire calculé depuis le jour de la perte de la chose par son propriétaire originaire (67). Si des règlements administratifs ou municipaux prévoient l'obligation de déclarer la découverte des épaves et leur consignation au commissariat pendant un délai d'un an et un jour, la remise à l'inventeur à l'issue de ce délai n'emporte aucun effet sur l'acquisition de la propriété (68). L'accomplissement de ces formalités permet néanmoins à l'inventeur d'établir sa bonne foi et de se prévaloir, selon une jurisprudence bienveillante, de la prescription acquisitive de l'article 2779 al. 2, C. civ. (69). Une telle solution revient à aligner le droit commun des épaves sur celui des textes particuliers pour ce qui a trait au processus de l'acquisition par voie d'invention.

29. Quelque crédit que l'on accorde à cette jurisprudence, force est de reconnaître à l'inventeur de bonne foi une vocation juridiquement protégée sur la chose découverte, une sorte de droit de priorité à son attribution pendant le délai de prescription. Au regard des tiers, l'inventeur apparaîtra dès la remise de la chose comme le véritable propriétaire et il pourrait la revendiquer entre

(63) Respectivement, art. 13 et 25 du Décret du 3 août 1978, art. 202 du Code Rural.

(64) En ce sens, A. De Cupis, *op. cit.*, p. 363, dans la mesure où bien sûr les textes n'accordent pas au propriétaire la faculté de revendiquer le prix de la vente de l'épave pendant un temps supplémentaire : v. par exemple, art. 4 et 14 du Décret du 3 août 1978 relatif aux épaves maritimes ouvrant pendant cinq années le droit au propriétaire de revendiquer le prix de vente net de la chose perdue.

(65) V. Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome 3, par Picard, n° 592, n° 613 ; Simonnet, art. cit., pp. 565 ss. ; E. De Pontavice et P. Cordier, art. cit., n° 74.

(66) L'article 2279 C. civ. ne s'applique pas à l'hypothèse d'une découverte, mais à celle d'un transfert de la chose ; v. Troplong, "De la prescription", Hingray, Paris, 1838, pp. 552 ss. ; Baudry - Lacantinerie, *op. cit.*, n° 98, p. 66.

(67) En ce sens : Simonnet, *op. cit.*, Mazeaud et Mazeaud, *op. cit.*, n° 1586, p. 1275 ; Angera, 13 juillet 1851, S. 51, 2, p. 491 et Montpellier, 19 janv. 1949, J.C.P. 1949, II, n° 4806, note Dijol.

(68) En ce sens notamment : Marty et Raynaud, *op. cit.*, n° 417, p. 526 ; Planiol et Ripert, par Picard, *op. cit.*, n° 617, p. 595.

(69) Les jurisprudences administrative et judiciaire semble s'être fixées à cette solution bien qu'elles fassent une interprétation peu satisfaisante de l'article 2279, al. 2, C. civ. : décisions du ministère des Finances des 10 août 1821 et 3 août 1825, S. 26, 2, p. 2 ; Cass. civ., 1ère, 7 juin 1950, Bull. Civ. I, n° 134 (a contrario) ; Carbonnier, *op. cit. et loc. cit.* ; F. Zenati, *op. cit.*, n° 48, p. 62.

les mains de celui qui l'en aurait illégitimement dépossédé (70). En dépit de ces incertitudes juridiques une conclusion s'impose : le fait de l'invention reste nécessaire et dans une certaine mesure suffisant à justifier l'acquisition de la propriété de l'épave découverte au bénéfice de l'inventeur.

B - LA DÉCOUVERTE ET L'ACQUISITION DE DROITS SUR L'INFORMATION

30. L'information est un objet véritable de droits, une chose susceptible d'appropriation (71). Le fait de découvrir une information donne-t-il un droit à l'inventeur sur celle-ci et de quel type ? A côté des catégories reçues de la propriété incorporelle industrielle (1), de nouveaux modes d'appropriation de l'information se développent qui confèrent à l'inventeur d'une information nouvelle des droits privatifs (2).

1 - La découverte comme fait permettant d'acquérir une propriété incorporelle

31. Les droits intellectuels visent surtout à protéger la création d'information. Une découverte d'information peut toutefois entrer dans le champ de la protection du brevet ou du certificat d'obtention végétale en certaines hypothèses non dénuées d'intérêt pratique.

32. LA PROTECTION PAR BREVET DES DÉCOUVERTES. L'intitulé a quelque chose de provoquant puisque l'article 6, al. 2 de la loi du 2 janvier 1968, modifiée, relative au brevet exclut expressément les découvertes de son champ. Cette prohibition n'a pas toujours été constante (72) quoique la jurisprudence l'ait rigoureusement appliquée depuis plus d'un siècle. Un champignon nouvellement découvert n'est pas brevetable en lui-même ; il demeure "un produit naturel [qui] quel qu'intéressante que puisse être sa découverte et de quelque utilité qu'il puisse être dans l'industrie ne saurait en dehors de toute méthode industrielle d'application, de procédé industriel nouveau, faire l'objet d'un brevet" (73). L'opposition entre découverte et invention brevetable paraît donc irréductible. Toutefois elle semble moins fondée sur la nature artificielle de la seconde et naturelle de la première que sur

(70) V. Simonnet, art. cit., pp. 552-553 : ces prérogatives se justifient notamment par l'engagement auquel s'oblige l'inventeur de bonne foi de restituer la chose découverte à son propriétaire s'il se représente.

(71) L'information peut se définir juridiquement comme la forme ou l'état particulier de la matière ou d'une énergie susceptible d'une signification chez un agent juridique ; v. sur l'ensemble de cette question : J.-C. Galloux th. cit. pp 99 ss. ; sur son appropriation, v. notamment : Marie Bourgeois, "La protection de l'information confidentielle économique ; étude de droit québécois et français", Les Cahiers de la Propriété Intellectuelle, 1988, vol. 1 n° 1, pp 1 ss ; E. Mackaay, "La possession paisible des idées ; toute information doit-elle faire l'objet d'un droit de propriété ?" Droit de l'informatique, 1986, 2 p. 75.

(72) V. art. 30, al. 1, 3° de la loi du 5 juillet 1844 ; la Loi du 7 janvier 1791 ne distinguait pas, dans son vocabulaire du moins, l'invention de la découverte ; la doctrine n'est pas unanime : Renouard notait à propos de la loi de 1844 "le législateur [...] n'a point séparé dans ses dispositions l'invention et la découverte ; et il a attribué les mêmes droits à l'inventeur, soit qu'il découvre soit qu'il invente, dans "Traité des brevets d'invention", Paris, 1844, p. 247.

(73) Trib. civ. de la Seine, 16 juillet 1921 et Paris, 22 juin 1922, conf. A. 1922, p. 346.

le défaut d'application industrielle de la découverte en tant que telle (74). La frontière qui sépare les deux concepts ne serait, donc pas aussi tranchée.

33. Une découverte n'est pas brevetable en elle-même, mais elle peut être le support d'une invention brevetable qui l'introduira, dans cette mesure, dans le champ de la protection. Ainsi en est-il de la combinaison d'une découverte avec l'indication de son application industrielle (75). L'appréciation de la condition d'applicabilité industrielle se révèle au demeurant fort souple puisqu'un simple outil de recherche qui n'a pas abouti à un résultat final utile, peut la remplir lorsqu'il est destiné à être utilisé dans le cadre des activités de l'entreprise (76). Par ailleurs, tout produit trouvé dans la nature et inconnu jusqu'alors ne se trouve pas pour cette raison nécessairement exclu de la brevetabilité. Il est admissible à une protection par brevet pourvu que sa découverte requière une intervention technique de l'homme pour l'identifier, l'isoler, le purifier ou le produire de façon répétée (77). A l'heure actuelle il est parfois difficile d'indiquer ce que l'inventeur doit ajouter à la découverte pour bénéficier de la protection. On assiste sans doute ici à une nette évolution du droit des brevets en raison du déplacement sensible de la frontière entre l'invention et la découverte ; il s'agirait plutôt d'une révolution car l'analyse juridique en revient ainsi à ses premières conceptions. Par ce jeu les chercheurs tentent d'obtenir un droit sur des résultats ou des produits à des stades précoces de l'innovation industrielle, ce qui peut se révéler un bon moyen de consolider une courte avance technologique. Ce phénomène est rendu sensible dans des secteurs de pointe au développement rapide comme les biotechnologies (78). A titre d'illustration, des substances animées ou inanimées préexistant dans la nature, comme des séquences génétiques (ADN), des organelles ou des micro-organismes sont brevetés pour eux-mêmes lorsqu'ils sont industriellement utiles (79). Il est vrai que leur découverte exige plus de travail et d'investissements que de ramasser une huître sur une grève : l'acte de la découverte n'en demeure pas moins le même dans son essence. Il peut donc conduire, dans la mesure où la chose découverte présente une utilité, à l'octroi d'un droit de propriété incorporelle au bénéfice de son inventeur.

(74) V. Mathely, "Le droit français des brevets d'invention", J.N.A., Paris, 1974, pp. 29 et 139 ; J.-M. Mousseron, *op. cit.* n° 161 ss., pp. 179 ss.

(75) Ce que les directives d'examen de l'Office Européen des Brevets, Partie C, chap. IV expriment parfaitement : "Quiconque découvre une propriété nouvelle d'une matière ou d'un objet connu fait une simple découverte qui n'est pas brevetable. Si toutefois, cette personne utilise cette propriété à des fins pratiques, elle fait une invention qui peut être brevetable."

(76) Doc. OMP/CE/IV, 2, Genève, 1988, "La protection des inventions biotechnologiques par la propriété industrielle", n° 65-66, p. 29.

(77) En ce sens, la directive d'examen de l'Office Européen des brevets, C chap. IV, 2-1, "[...] si une nouvelle substance est trouvée dans la nature et si un procédé permettant de l'obtenir est mis au point, ce procédé est brevetable. De plus, si cette substance peut être convenablement caractérisée par sa structure, par le procédé qui a permis de l'obtenir ou par d'autres paramètres et si elle est "nouvelle" en ce sens que son existence n'a pas été reconnue auparavant, elle peut être également brevetable en tant que telle."

(78) Pour un exemple de stratégie de revendication d'une invention en matière de biotechnologie, v. : E.-P. Winner "Enablement in rapidly developing arts -biotechnology" JPTOS, 1988, pp. 609 ss.

(79) V. par ex. : Rudolf Teschemacher, "The practice of the European Patent Office regarding the grant of patents for biotechnological inventions" IIC, vol. 19, 1988, pp 19 ss.

34. Le droit français des brevets ne reconnaît cependant à l'inventeur aucun droit direct d'appropriation sur l'invention qu'il a découverte ou réalisée bien qu'il lui reconnaisse en principe le droit au titre : il lui réserve seulement et dans tous cas un droit moral. En effet, seul le dépôt de la demande de brevet permet de constituer un droit privatif sur la chose découverte et il n'est attribué qu'au premier déposant qui sera le plus souvent une personne distincte de l'inventeur (80). L'inventeur peut renoncer dans le cadre d'un contrat de recherche ou de travail, à la faculté qui lui appartient de déposer un brevet. Inversement, il peut agir en revendication du droit conféré de déposer un brevet sur la chose qu'il a découverte (81) contre celui qui lui aurait frauduleusement soustrait la découverte afin de déposer avant lui ; mais cette action ne lui est pas plus réservée (82). De la même façon l'inventeur initial ne bénéficiera d'aucun droit privatif si un inventeur postérieur dépose avant lui un brevet revendiquant la même découverte (83).

35. L'inventeur d'une découverte brevetable n'acquiert pas directement un droit de propriété incorporel sur celle-ci par le seul fait de la découverte : son action ne deviendra efficace qu'avec l'accomplissement du dépôt de brevet et à la condition qu'il fût le premier à l'effectuer.

36. LA DÉCOUVERTE D'UNE VARIÉTÉ VÉGÉTALE. Une variété végétale est un cultivar se distinguant des variétés analogues par un caractère important, homogène et stable, c'est-à-dire insusceptible de varier à la suite de plusieurs cycles de multiplication. Ces qualités résultent le plus souvent d'un travail humain long et fastidieux de sélection et de croisement des souches, dont le législateur a estimé qu'il méritait une protection juridique. La loi du 11 juin 1970 (84) accorde à l'obteneur un droit de propriété industrielle voisin du brevet, le certificat d'obtention végétale (85). Toutefois ce droit n'est pas seulement conféré au "créateur" d'une variété nouvelle mais également à l'inventeur d'une variété nouvelle découverte, c'est-à-dire notamment les mutations spontanées que l'homme aurait constatées (86)

37. L'inventeur d'une variété végétale peut assurément prétendre à l'octroi d'un droit d'exclusivité, mais à l'instar de l'inventeur d'une invention

(80) Art. 1 bis de la Loi du 2 janvier 1968, modifiée par la loi du 13 juillet 1978 ; sur l'ambiguïté de la formule légale : J.-M. Mousseron, *op. cit.* n° 476 ; Yves Reboul, "Les contrats de recherche", Litec, Paris, 1978 n° 281.

(81) Légalement (art. 2 de la loi précitée) ou contractuellement : v. Y. Reboul, *op. cit.* n° 279 *ss.*

(82) *Ibid.*, si l'inventeur a violé ses engagements contractuels, le bénéficiaire du droit au brevet agira alors contre l'inventeur : v. Trib. Com. Beaune, 17 oct. 1956, Ann. P. Ind., 1957, p. 83.

(83) Cf. *infra.*, n° 77 ; v. art. 1 bis al. 2 de la loi précitée.

(84) Décrets à application des 7 et 9 juin 1971 ; les bases du régime ont été établies par la Convention de l'Union pour la Protection des Obtentions Végétales (UPOV) signée à Paris le 2 décembre 1961 ; v. R. Royon, "Le régime de la protection des obtentions végétales", Ann. Prop. Ind., 1962, p. 5.

(85) Le certificat confère à son titulaire un droit exclusif lui réservant l'exclusivité de la production, de l'importation, de la vente et de l'offre en vente de l'objet protégé pendant une durée de 20 ans à compter de sa délivrance.

(86) V. par ex. : Dec. Meilland, Cour de justice des Communautés Européennes, 13 déc. 1985, JOCE L 369/9 du 31 déc. 1985.

brevetable, il doit en être le premier déposant (87). La portée juridique de la découverte d'une variété végétale est donc identique à celle analysée en matière de brevet, avec cette différence que la chose découverte n'a pas à remplir une condition supplémentaire d'applicabilité industrielle.

2 - La découverte comme mode d'appropriation exclusive de l'information

38. L'information est une chose pouvant faire l'objet d'une possession au sens juridique du terme. Le droit positif attache à cette possession des prérogatives fort similaires à celles d'un droit privatif, mais sans leur reconnaître formellement la qualité d'un droit de propriété. La découverte constitue l'un des modes par lequel une appropriation exclusive de l'information se réalise.

39. LA DÉTENTION SECRÈTE OU LA POSSESSION DE L'INFORMATION. La nature de l'information la prête à son appréhension par voie d'invention (88). L'information se perçoit immédiatement à l'aide des sens ou médiatement au travers d'une instrumentation dont son inventeur dispose. La perception emporte la détention de l'information puisque celle-ci est indépendante des supports qui la convoient. S'il y a bien maîtrise de la chose, y a-t-il exclusivité de son usage ? L'inventeur peut assurément jouir exclusivement de l'information découverte : il doit alors en interdire la divulgation ou ne la divulguer qu'auprès de personnes qui se sont elles-mêmes engagées à ne point la révéler. Le secret apparaît comme la condition nécessaire à l'exclusivité sur l'information. La maîtrise effective et exclusive ainsi constituée sur la chose au moyen de la détention secrète peut faire l'objet d'une renonciation contractuelle (89) : la pratique démontre ainsi *a contrario* l'existence d'un "*animus domini*" envers la chose-information. La détention secrète d'une information est une possession véritable comportant tous les caractères juridiques de la possession.

40. La possession d'une information reçoit en maints domaines une consécration juridique. Le possesseur de bonne foi de l'objet d'un brevet, qui le détient antérieurement au dépôt de la demande par le breveté, peut continuer d'exploiter cet objet et le céder en même temps que son industrie sans enfreindre le monopole du breveté (90). La possession des secrets industriels ou commerciaux, le contenu des lettres missives et les informations personnelles reçoivent une protection juridique qui, sous des qualifications juridiques différentes remplit un même office : la réservation de l'information au profit de son possesseur légitime. Cette protection reçoit une limite importante qui tient à la nature de l'information : l'exclusivité ne subsiste qu'autant qu'un

(87) Art.7 et 10 de la Loi n° 70-489 du 11 juin 1970.

(88) L'information est par définition perçue pour recevoir une signification : cf. *supra*, n° 33.

(89) L'inventeur qui découvre pour autrui dans le cadre d'un contrat de travail ou de recherche s'engage généralement à transmettre l'information découverte à son cocontractant à l'exclusion de tout autre.

(90) V. art. 31 de la loi du 2 janvier 1968 précitée ; Le Stanc, "L'exception de possession antérieure" in "Inventions et droits antérieurs", Centre Paul Roubier, LITEC, 1979, pp. 109 ss.

tiers n'a pas obtenu une information semblable sans fraude. L'information devient alors chose de genre. L'inventeur originaire jouira toujours de son information propre mais à défaut de priorité reconnue l'information échappée à son contrôle puis banalisée rendra sans effet sa possession. Il n'en demeure pas moins que dans le laps de temps où elle fut secrètement possédée il y a lieu de reconnaître au profit de l'inventeur un droit privatif sur l'information découverte.

41. LA POSSESSION SECRÈTE COMME DROIT PRIVATIF.

La possession secrète d'une information constitue un droit privatif né selon les modes originaires traditionnels d'acquisition de la propriété et qui présente les caractéristiques de ce droit. Aussi bien, les critiques doctrinales adressées à l'existence d'une propriété sur des biens informationnels nous semble mal fondées. Elles empêchent l'inventeur de bénéficier des fruits mérités de son travail de recherche, voire du "*beneficium dei*" que le hasard peut lui accorder (91).

42. La propriété d'une information devient conceptuellement envisageable si l'on cesse de réduire les choses incorporelles aux seuls droits et si l'on reconnaît parallèlement à l'information son statut de chose (92). Comme toute chose, nonobstant sa nature incorporelle, l'information est susceptible d'un droit de propriété pour peu qu'elle n'ait pas les caractères d'une chose commune, ce qui advient avec sa banalisation. A sa naissance, l'information possède un caractère de rareté et partant, une valeur qui la destine aux mécanismes de l'appropriation. En l'occurrence les modes de l'invention et de la possession se confondent puisque l'inventeur d'une information en devient nécessairement possesseur. Pour quelles raisons un même mode d'acquisition ne conduirait pas à la reconnaissance d'un même droit sur la chose découverte ? Au surplus, les prérogatives conférées, rassemblées sous le vocable d'exclusivité, se comparent à celles découlant de la propriété des choses corporelles : le pouvoir d'exclure les tiers de la possession, le droit d'user de la chose (93). Même si l'intensité du droit, en raison de la qualité volatile de l'information, reste plus faible que dans l'hypothèse de la propriété corporelle, sa nature essentielle demeure identique. L'inventeur d'une information peut donc se l'approprier par voie d'invention si elle conduit à sa possession secrète.

43. Le fait de découvrir permet de façon générale d'acquérir la propriété de la chose dès lors que les formalités ou certaines conditions juridiques ont été remplies. En ce sens, il existe un droit véritable de l'inventeur sur la chose découverte qui se réalise selon des mécanismes juridiques divers. Il n'est donc pas autonome, hormis les hypothèses où il emprunte la voie de

(91) Les gains dus au hasard semblent avoir perdu leur connotation immorale depuis que l'État organise des jeux... l'heureuse trouvaille de l'inventeur ne doit-elle pas bénéficier du même préjugé favorable ?

(92) Sur l'ensemble de cette question, voir notamment : J.C. Galloux, Thèse précitée pp. 156-157 ; M. Bourgeois, art.cit. pp 19 ss. ; A. Lucas, "Le droit de l'information", Thémis, Paris, 1987 pp. 347 ss. sur l'exposé des thèses en présence.

(93) V. E. Mackaay, "Economics Incentives in Markets for Information and Innovation", à paraître, pp. 11 ss. Sur les dimensions premières de la propriété, v. F. Zenati, *op. cit.* pp. 105 ss.

l'invention. Après avoir examiné les conditions de son fonctionnement sinon de son existence, il est indispensable d'en repérer les limites.

II - L'INVENTEUR FRUSTRÉ OU L'OBSTACLE D'UN JUS FUNDI SUR LA CHOSE DÉCOUVERTE

44. La propriété de la chose découverte n'échappe pas à l'inventeur qu'en raison de l'inobservation d'une condition technique dans le processus d'acquisition. Un obstacle a priori dirime le droit privatif de l'inventeur. Dans l'hypothèse de la découverte d'un trésor, certains auteurs l'ont qualifié sans plus de précision de "*jus fundi*" (94). Un obstacle similaire se reconnaît dans d'autres occurrences, de sorte que nous le désignerons génériquement sous ce même vocable. Une personne tierce, le plus souvent le propriétaire du fonds sur lequel la découverte a été faite, se voit octroyer tout ou partie de la propriété de la chose, voire certaines prérogatives sur celle-ci au détriment de l'inventeur. Le "fonds" est alors entendu autant comme un contenant que comme un support ou un substrat sur lequel s'exerce une compétence. Les conséquences attachées à ce "*jus fundi*" dérogent au droit commun car elles ne s'expliquent par aucun mode d'acquisition de la propriété. La multiplicité des hypothèses visées par les textes évoque davantage l'effet d'un mécanisme juridique spécifique dont le développement historique est aisé à suivre, que la juxtaposition de solutions anomales sinon arbitraires. L'observation des effets par lesquels elle se manifeste nous permet de préciser cette notion "*jus fundi*" et de l'identifier comme une limite intrinsèque du droit de l'inventeur.

A - LES MANIFESTATIONS DU "JUS FUNDI"

45. Lorsqu'il est exclusif, le "*jus fundi*" frustre l'inventeur de tout droit privatif sur la chose découverte (1) ; cette exclusivité n'empêche cependant pas la reconnaissance au profit de l'inventeur de droits personnel ou moral. Lorsqu'il est concurrent, l'exercice du "*jus fundi*" se borne à modifier le régime du droit privatif accordé à l'inventeur : il en limite la portée soit dans son montant, en proposant un partage ; soit dans ses modalités d'exercice, en prévoyant par exemple un droit d'accès à la découverte (2).

1 - L'exclusivité du "*jus fundi*"

46. LA NÉGATION DU MÉRITE DE L'INVENTEUR. Les effets du "*jus fundi*" sur le fonds se manifestent en privant l'inventeur de tout droit, dans la mesure où il n'a aucun mérite dans la découverte de la chose. L'ouvrier employé à des travaux de déblaiement ou de terrassement dont le but avoué ou secret est la recherche d'un trésor, ne pourra le revendiquer s'il le met à jour (95). L'épave trouvée dans un lieu privé non ouvert au public n'appartient pas plus à son inventeur car elle est présumée appartenir au propriétaire du lieu

(94) V. par exemple : Marty et Raynaud, *op. cit.*, n° 416.

(95) V. Rouen, 3 janvier 1853, S. 1853.2.335 ; Orléans, 10 fév. 1842, S. 42, p. 455 ; Rennes, 9 janv. 1951, D.1951, p. 443 ; Paris, 9 nov. 1948, J.C.P. ; pour la recherche "avisée" d'un fossile : T.G.I. Millau, 26 mai 1988, précité.

qui, pour le moins, en assure la garde (96). La même solution s'applique aux lieux publics ou privés ouverts au public dont on peut penser que leur surveillance aurait rapidement permis de trouver la chose égarée et d'identifier son propriétaire (97). Dans ces diverses hypothèses, l'intervention de l'inventeur n'a pas été déterminante de la remise de la chose dans le commerce juridique.

47. La privation du droit de l'inventeur trouve également sa justification dans la volonté d'écarter du fonds d'autrui ou de l'État les chercheurs trop entreprenants qui seraient tentés d'effectuer des fouilles subreptices. L'inventeur ne reçoit une partie de la propriété du trésor découvert dans le fonds d'un tiers qu'autant que le seul hasard l'y a guidé (98). L'inventeur d'un gisement minier ne dispose librement des produits qui y sont déposés qu'avec l'autorisation expresse d'exploiter délivrée par l'administration (99). De fait, le propriétaire du fonds contrôle l'activité de l'inventeur et l'étendue de ses droits par le biais d'une réglementation de la recherche.

48. Dans quelques cas cependant, la frustration de l'inventeur ne résulte pas de son fait mais de la volonté arbitraire du prince, souverain sur son domaine ou sur les objets dont la nature lui semble devoir les soumettre directement à son autorité. L'attribution de l'or au roi pendant tout le moyen-âge sous prétexte de sa valeur symbolique mais aussi en raison de l'impécuniosité endémique du souverain, demeure fameux (100). De nos jours encore les épaves fluviales sont attribuées à l'État en totalité sans que les inventeurs n'y aient aucune part (101). Le régime moderne des épaves aériennes a été calqué sur le précédent (102), confirmant jusqu'à notre siècle l'effet des pesanteurs régaliennes. La réglementation récente des biens culturels maritimes s'alimente au même esprit (103).

49. LA RÉCOMPENSE DU MÉRITE DE L'INVENTEUR. A la différence de la situation précédente, l'octroi de la propriété de la chose découverte au propriétaire du fonds ne fait pas obstacle à la reconnaissance et à la récompense du mérite de l'inventeur. Les mesures prévues dans ce cadre sont autant d'incitations envers les inventeurs à découvrir ou à révéler l'objet de leurs découvertes.

(96) V. Crim., 7 sept. 1855, S. 56, q. p. 81 ; D. 55, 1, p. 384.

(97) Dans un magasin : Crim. 22 mai 1846, S. 1846, 5, p. 608 ; dans des transports en commun : un bus : Trib. Corr., Grenoble, 31 janv. 1949, cité par E. du Pontavice et P. Cordier, art. cit., n° 129 ; un train : v. De Cupis, *op. cit.*, p. 352.

(98) V. en ce sens, J. Carbonnier, *op. cit.* et *loc. cit.*, n° 81, p. 347.

(99) Art. 8 du Code minier ; art. 1 de la Loi du 16 juillet 1976 relative à la prospection, à la recherche et à l'exploitation des substances minières non visées à l'article 2 du Code minier et contenues dans les fonds marins du domaine public métropolitain (JO du 17 juillet).

(100) Arrêt du Parlement, 1759, Isambert, *op. cit.* tome I, p. 282 ; Établissements selon l'usage de Paris et d'Orléans, 1270, id., tome II, p. 471.

(101) V. Toulouse, 10 fév. 1877, D. 1877, 2, p. 175 ; Rouen, 5 mars 1974, J.C.P. 74, II, 17739, Conc. Meurant ; G.P. 1974, 2, p. 728, note P.-J. Doll.

(102) V. E. du Pontavice et P. Cordier, art. cit., n° 154 et ss.

(103) V. Loi n° 89-874 du 1er décembre 1989 : "Les biens culturels maritimes situés dans le domaine public maritime dont le propriétaire n'est pas susceptible d'être retrouvé appartiennent à l'État" (art. 2).

50. L'incitation prend généralement la forme d'un droit de créance. Une récompense peut être offerte par le propriétaire d'une épave pour sa découverte et même en l'absence d'une telle promesse, son inventeur pourrait lui réclamer sur la base de la gestion d'affaires une indemnité destinée à compenser les frais qu'il a exposés (104). Lorsque le maître ne se représente pas l'inventeur possède une créance en indemnité contre l'État s'il s'agit d'une épave maritime ou d'une épave d'intérêt archéologique (105). Son montant varie en raison des impenses et du travail investis par l'inventeur, et de la valeur de l'épave (106). L'inventeur d'un gisement minier terrestre ou maritime et qui n'en a pas reçu la concession, bénéficie pareillement d'une indemnité contre le concessionnaire réglée dans l'acte de concession (107). S'agissant des gisements de nodules polymétalliques découverts sur les fonds de la haute mer (108), leur inventeur bénéficiera d'un droit de priorité sur tous les autres demandeurs pour leur exploitation commerciale (109), pour autant qu'il aura obtenu la qualité d'"investisseur pionnier".

51. Une découverte de nature scientifique ou technique fait également naître un droit moral au profit de son inventeur. Dans l'hypothèse d'une découverte conduisant à la prise d'un brevet sur ses applications, il apparaît conforme à l'équité naturelle d'attribuer la paternité de l'invention à celui qui l'a réalisée. Cette solution se justifie dans un système de droit où le brevet n'est pas accordé à l'inventeur mais au premier déposant (110). C'est ainsi que le nom de l'inventeur doit, à moins qu'il ne s'y oppose, être mentionné dans le brevet (111). L'inventeur peut réclamer en justice le respect de cette obligation ; il y a intérêt en raison de la notoriété et de la considération attachées à la qualité d'inventeur (112). Le droit moral ainsi reconnu se résume pour l'essentiel en un droit au nom (113). Les inventeurs de découvertes scientifiques semblent également pouvoir revendiquer ce droit. Dans ce cas, le droit au nom représente moins une incitation pour le savant à divulguer son savoir qu'une forme embryonnaire de propriété scientifique que les systèmes juridiques occidentaux n'ont pas voulu consacrer jusqu'à présent.

(104) V. en ce sens J. Carbonnier, *op. cit.* et *loc. cit.*, n° 81, p. 347.

(105) V. notamment art. 6, Loi du 1er décembre 1989, précitée.

(106) Art. 17 et 24-25, Décret du 26 déc. 1961, mod. décret n° 85-632 du 21 juin 1985.

(107) Art. 25 du Code minier et Loi du 16 juillet 1976 précitée.

(108) La zone et ses ressources sont le patrimoine commun de l'humanité (art. 136 de la Convention sur le droit de la mer) ; en conséquence ces ressources ne sont appropriables ni par l'État ni par des particuliers (art. 137).

(109) V. Tullio Trèves, "La protection des investissements préparatoires et la résolution n° 2 de la Conférence sur le droit de la mer", AFDI, 1982, p. 864.

(110) Cf. *supra*, n° 36 ; ce qui n'est pas le cas aux États-Unis.

(111) Art. 4 de la Loi du 2 janvier 1968 modifiée ; cette règle résulte de l'article 4 ter de la Convention de l'Union de Paris, introduit par les Actes de Londres du 2 juin 1934 et ratifiée par la Loi du 6 mars 1939.

(112) V. Paris, 11 juin 1964, Ann. Prop. Ind., 1966, p. 5.

(113) V. cependant : Paris, 10 juillet 1933, Ann. Prop. Ind. 1932, p. 353, jugeant qu'un ingénieur pouvait s'opposer à la publication prématurée de ses travaux ; Mathely, *op. cit.*, p. 367.

52. La reconnaissance d'un droit au nom au profit du savant sur ses découvertes ne soulève pas de difficultés (114). Il formerait le pendant juridique à l'une des récompenses sociales les plus prisées dans le monde scientifique qu'est l'éponymie (115). Mais les scientifiques revendiquent depuis plus d'un demi-siècle une propriété scientifique véritable conférant des prérogatives plus substantielles sinon moins aléatoires : un droit de priorité et des droits patrimoniaux consistant en des redevances assises sur l'exploitation commerciale des principes découverts (116). La revendication des savants s'achoppe néanmoins sur deux difficultés. En premier lieu, la découverte scientifique, à l'instar de toute information, tombe dans le domaine public dès l'instant où elle est divulguée, même si un droit privatif existe naturellement avant cette date (117). L'intervention du législateur serait nécessaire pour étendre au-delà de cette limite le droit d'exclusivité de l'inventeur afin de le faire bénéficier d'avantages pécuniaires tout en préservant la circulation du savoir, comme il y a consenti à l'égard des auteurs et des brevetés. Il conviendrait en second lieu de préciser en quoi les découvertes des scientifiques ressortent au fond commun des idées et des informations, par principe disponible à chacun (118). Ces difficultés restent entières mais une timide évolution se dessine (119). On s'achemine au niveau international, sans doute dans un esprit de conciliation, vers l'octroi aux côtés d'un droit moral, d'un droit de priorité par lequel l'inventeur serait formellement reconnu comme le premier à formuler la découverte. Il n'emporterait aucune prérogative patrimoniale. De ce point de vue le Traité de Genève concernant l'enregistrement international des découvertes scientifiques (120), constitue un premier jalon. Il reste qu'en ce domaine, la principale difficulté demeure de déterminer quel est le véritable inventeur (121).

53. L'évolution inachevée du droit des inventeurs de découvertes scientifiques nous porte à la frontière du régime de récompense qui tend à équilibrer le conflit entre la revendication de l'inventeur sur la chose qu'il a

(114) En ce sens : Roubier, "*Droit de la propriété industrielle*" p. 57 ; comparez avec : Cass. civ., 27 fév. 1951 (Affaire Branly) J.C.P., 1951, II, 6193, note Mihura ; D.1951, p. 329, note Desbois.

(115) Soit le fait pour un savant de donner son nom à sa découverte : la constante de Planck, les lois de Mendel, le bacille de Koch et Guérin, etc. ; sur l'ensemble de cette question, v. : Robert K. Merton et Norman W. Storer, "Priorities in Scientific Discoveries, dans "The Sociology of Science, Theoretical and Empirical Investigations", U. of Chicago Press, 1973, pp. 298 ss.

(116) V. J. Robin, *op. cit.* pp 101 ss.

(117) Cf. *supra* n° 43.

(118) Sur la notion de fond commun de la pensée, v. par ex. Trib. civ. de la Seine, 7 juillet 1908 DP 1908, 2 p 81 ; J.-C. Galloux, *th. cit.* pp 188-189.

(119) La question a été débattue notamment au Congrès de l'AIPPI à San Francisco en 1975 ; certains pays de l'est reconnaissent l'existence d'une propriété scientifique sans pourtant lui donner toutes ses conséquences patrimoniales : v. Yolanda Emicescu, *op. cit.*, pp. 19 ss et 44 ss.

(120) Adopté à Genève le 3 mars 1978, non encore entré en vigueur et non ratifié par la France.

(121) La querelle qui perdure entre les professeurs Gallo et Montagnier relativement à la découverte du virus HIV, montre bien les limites pratiques d'un débat théorique sur la paternité des découvertes. La multiplication des équipes de recherche œuvrant sur des sujets identiques n'est pas de nature à faciliter la tâche, de même que les approches successives et les chevauchements dus aux méthodes scientifiques, qui font flouter les antériorités.

découverte et les prérogatives découlant d'une souveraineté sur le fonds où la découverte a été réalisée. Dans une seconde série d'hypothèses la revendication du tenant du fonds à l'endroit de l'inventeur se borne à des modifications du régime juridique de l'invention : le principe de l'attribution du droit réel sur la chose découverte n'est pas remise en cause. Le "*jus fundi*" concurrence le droit de l'inventeur.

2 - La concurrence du "*jus fundi*" avec le "*jus inventionis*"

54. Le "*jus fundi*" subsiste sur les choses découvertes dans le fonds ; mais plutôt que de contester le droit privatif de l'inventeur, il va se traduire par un contrôle plus ou moins étendu sur ces objets. Les divers mécanismes juridiques employés à cet effet marquent la volonté du titulaire du fonds de sauvegarder, nonobstant les prérogatives acquises à l'inventeur, une certaine liberté que le contrôle est apte à ménager.

55. LE PARTENARIAT. Le propriétaire du fonds devient un partenaire forcé de l'inventeur : la loi partage entre les deux le produit de l'invention. La solution s'applique au trésor découvert fortuitement sur le fonds d'autrui et à certaines épaves maritimes. Le trésor est attribué pour moitié à l'inventeur et au propriétaire, le droit naissant pour chacun d'eux du fait de l'invention (122). Les choses du crû de la mer reviennent pour un tiers à l'inventeur et pour le reste à l'État (123).

56. L'EXPROPRIATION. Les objets d'intérêt préhistorique, historique, artistique, archéologique ou numismatique attirent les prétentions de l'État. Ils représentent des éléments constitutifs du fonds culturel commun dont l'État assume la sauvegarde (124). En vertu de cette compétence de principe, l'État se réserve le droit d'entreprendre des fouilles sur des terrains privés en vue de découvrir de tels objets (125). Dans le cas qu'il en découvre, il peut contraindre le propriétaire du fonds, à qui la moitié du trésor revient de droit, de la lui céder moyennant une indemnité fixée à l'amiable ou à dire d'expert (126). Dans l'hypothèse d'une découverte fortuite des objets visés, l'État peut également les revendiquer entre les mains du propriétaire ou de l'inventeur sous les mêmes conditions (127). Dans le domaine des variétés végétales, les contrats de licence reconnaissent généralement les droits de l'inventeur sur les mutations affectant la variété licenciée mais confèrent un droit de préemption au donneur de licence (128).

(122) Cf. *supra*, n° 28.

(123) Ord. de la Marine (1681) précitée, Liv. IV, Tit. IX, art. 29 ; le mode de répartition inégalitaire entre l'État et l'inventeur tient son origine de l'Ancien Régime : l'amiral aux côtés du roi recevait un tiers de la prise. L'État a succédé au roi et à l'amiral pour s'attribuer les deux tiers de l'épave ; l'article 36 du même titre prévoyait le partage dans les mêmes proportions des objets de valeur trouvés sur les cadavres naufragés s'ils n'avaient été réclamés à l'issue d'un délai d'un an et un jour : ce texte n'a pas été abrogé expressément par les textes plus récents, trouverait-il néanmoins à s'appliquer de nos jours ?

(124) V. par ex., la loi sur les monuments historiques du 31 déc. 1913 (J.O., 4 janvier 1914).

(125) Loi du 27 septembre 1941 portant réglementation des fouilles archéologiques, art. 9.

(126) Loi précitée, art. 11.

(127) Loi précitée, art. 15.

(128) V. par exemple : décision Meilland précitée, JOCE L 369-14.

57. LE DROIT D'ACCÈS. Le mécanisme juridique du droit d'accès ne vaut qu'à l'égard des informations. Son but est de permettre à ses bénéficiaires de prendre connaissance de données détenues secrètement par un tiers. Sera bénéficiaire du droit celui sur le fonds duquel l'information se trouve encodée ou duquel elle est émanée ou révélée. Le droit d'accès aux données a été consacré dans des domaines fort variés : depuis la télédétection jusqu'à la médecine. La pratique contractuelle le rencontre aussi fréquemment. Le droit ne se justifie qu'autant que le défaut de possession de certaines informations menace la liberté ou l'autonomie du bénéficiaire. Aussi bien, la nature des données en cause fait varier le régime du droit ; de l'accès prioritaire et payant à l'obligation de révéler gratuitement, se mesure toute la différence entre l'information commerciale et l'information vitale.

58. La télédétection représente un des exemples les plus éclairant de cette problématique. En l'espèce, des satellites d'observation collectent des données relatives aux pays survolés. Certaines de ces informations sont d'une importance économique sinon stratégique évidente puisque la sensibilité des instruments leur permet, notamment, de déceler la composition du sous-sol. L'exploitation commerciale des données ainsi recueillies a engendré un vif débat entre leurs détenteurs et les États explorés (129). Les derniers prétendaient en particulier que ces informations leur appartenaient en application du principe internationalement reconnu de leur souveraineté sur leurs ressources naturelles (130). Les premiers opposaient la liberté de l'espace, de la recherche et le principe de la libre circulation des informations ; mais le nœud de l'argumentation résidait dans l'évidente différence de nature entre la chose et l'information relative à cette chose (131). Le conflit ne pouvait être résolu à l'aide des concepts traditionnels de propriété. L'État demeure autant que l'explorateur maître de sa chose : à l'un l'information, à l'autre les ressources naturelles. Le conflit portait sur l'influence d'une maîtrise à l'égard de celle d'autrui et non sur la concurrence de deux maîtrises à propos d'une même chose (132). La solution fut apportée par la Résolution 41/65 de l'Assemblée générale de l'ONU (133). L'État observé a dorénavant accès aux données concernant le territoire relevant de sa juridiction, sans discrimination et à des conditions de prix raisonnables (134).

(129) Lorsque le premier satellite de télédétection "Landsat" découvrit en 1975 des gisements de cuivre au Pakistan qui en ignorait l'existence, ce dernier éleva par voie diplomatique de vives protestations.

(130) V. Résolution 3171 (XXVIII) du 17 déc. 1973 de l'Assemblée Générale des Nations Unies relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles.

(131) V. notamment en ce sens : M. Polter, "Remote Sensing and State Sovereignty", *Journal of Space Law*, vol. 4, 1976, n° 2, pp. 99-115.

(132) C'est ainsi que certains auteurs désiraient restreindre l'accès de l'État observé qu'aux seules données dont ils ne pourraient contrôler les conséquences de la dissémination à des tiers ; comme par exemple des informations relatives à l'état des récoltes, qui sont de nature lorsqu'elles sont divulguées, à influencer les indices économiques : v. David A. Greenborg, "Third Party Access to Data Obtained in Remote Sensing : International Legal Theory Versus Economic and Political Reality", *Case Western Res. J. Int'l. L.*, vol. 15, 1983, pp. 361 ss.

(133) Adoptée par consensus le 3 décembre 1986 : v. Claude Albert Colliard, "Les principes régissant la télédétection spatiale", *AFDI*, vol. XXXII, 1986, pp. 697 ss.

(134) Principe XII de la Résolution précitée.

59. Le principe du libre accès, cette fois sans conditions financières, aux données ou aux résultats des recherches menées sur des fonds relevant de la souveraineté internationale a été posé, quoique moins formellement en matière d'exploration des fonds marins de la zone (135), pour la lune et les corps célestes (136).

60. L'inventeur d'une information relative à une personne tierce se heurte au même type de difficulté. Il ne pourra opposer, dans de nombreux cas sa détention secrète, c'est-à-dire son droit privatif, à l'individu sur le corps duquel ou à partir du comportement duquel il l'aura découverte (137). Il en est ainsi des informations médicales. Le praticien se retrouve dans la situation de l'inventeur œuvrant sur le fonds d'autrui : il sera tenu, dans la mesure de son intervention thérapeutique, de révéler les résultats de ses investigations (138).

61. La télé-détection présente une analogie particulièrement saisissante avec les recherches à visées non curatives conduites sur le corps du patient. A qui appartient l'information génétique découverte et séquencée sur un fragment d'ADN, obtenu d'un patient ou d'une personne soumise à une expérimentation et qui n'a pas fait l'objet d'un abandon formel (139) ? Les inventeurs se prévalent de leur "jus inventionis" en avançant que l'information se distingue de ses supports et que l'individu ne peut prétendre à un droit sur une information dont il ignorait jusqu'alors l'existence (140). Il semble que l'individu ait néanmoins, un droit de regard sur l'information découverte en raison de la liberté qui lui est reconnue de décider de façon autonome de ce qui ressort à sa sphère corporelle. Dans un jugement controversé et désormais réformé mais sur un autre point, la Cour d'Appel de Californie avait accordé au "propriétaire du fonds" en l'espèce un patient dont on avait prélevé des échantillons biologiques, une prérogative beaucoup plus large qu'un simple droit d'accès. Elle pourrait se traduire par un partage des bénéfices d'exploitation du produit biologique dans le cas de son développement commercial (141).

(135) Convention sur le droit de la mer, précitée, art. 143.

(136) Traité de la lune (1979), précité, art. 5 ; Traité de l'espace (1967), précité, art. XI.

(137) Ne pourrait-on rapprocher cette problématique du cadre juridique élaboré pour protéger l'intimité de la vie privée : v. Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée et Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 sur l'informatique et les libertés.

(138) Sur l'ensemble de cette question : v. Noël-Jean Mazen, "Le secret professionnel des praticiens de la santé", Préface d'A. Vitu, Vigot, Paris, 1988.

(139) Le problème ne se pose pas, à notre sens, si le patient ou la personne soumise à une expérimentation a consenti à l'abandon de ses tissus prélevés : les supports appartiennent alors aux chercheurs ; l'information et les supports sont entre les mêmes mains.

(140) En ce sens : Allen B. Wagner, "Human Tissue Research: Who Owns the Results", JPTOS, vol. 69, 1987, pp. 345 ss.

(141) "If the courts have found a sufficient proprietary interest in one's persona, how could one not have a right in one's own genetic material something far more profoundly the essence of one's human uniqueness that name or face? A patient must have the ultimate power to control what becomes of his or her tissues. To hold otherwise would open the door to a massive invasion of human privacy and dignity in the name of medical progress." *J. Moore c. The Regent of the University of California*, 21 juillet 1988, n° B021195, California Court of Appeal. Décision réformée par un arrêt de la Cour suprême de Californie du 9 juillet 1990 (n° S 006987).

62. Ces incertitudes judiciaires et doctrinales n'ont entamé en rien le développement d'une pratique cohérente. Ayant pressenti toute l'importance d'une meilleure définition des droits de l'inventeur d'une information relative à un objet dont il ne détient pas la propriété corporelle, les praticiens les ont précisé avec pondération, dans le sens d'une réservation au profit du propriétaire d'un certain droit d'accès. A titre d'exemple, les contrats d'échange de matériel biologique, contrepartie au "prêt" dudit matériel, prévoient l'accès aux informations découvertes par le bénéficiaire ainsi qu'un droit de priorité pour la négociation d'une licence d'exploitation dans l'hypothèse où la découverte ferait l'objet d'un brevet (142). Le droit d'accès s'analyserait peut-être comme le dernier avatar du "*jus fundi*" qui permettrait de le mieux caractériser.

B - LA CARACTÉRISATION DU "*JUS FUNDI*"

63. Les manifestations pour le moins variées du "*jus fundi*" expriment toutes une même particularité : la relation de l'objet découvert au fonds qui l'abritait. L'entreprise de qualification juridique de ce lien s'annonce cependant vouée à l'échec. En définitive le "*jus fundi*" ne constitue pas une prérogative en soi accordée au titulaire du fonds mais un élément de la définition du droit de l'inventeur sur la chose découverte.

1 - Les tentatives de qualification juridique du "*jus fundi*"

64. LE "*JUS FUNDI*" ET LE DROIT DE PROPRIÉTÉ. Les prérogatives du "*jus fundi*" trouvent-elles leur source dans le droit de propriété ? L'examen des deux mécanismes traditionnels de son acquisition qui paraissent applicables en l'espèce, l'occupation et l'accession, nous démontre le contraire. L'occupation, dont on remarquera que le domaine d'application est plus étroit que celui du "*jus fundi*" (143), exige une appréhension de la chose, sa maîtrise de façon à écarter l'empiétement d'un tiers et de permettre la jouissance exclusive de la chose avec la conscience d'un propriétaire (144). L'occupation ne précède pas la découverte car le propriétaire du fonds serait bien en peine de jouir et de défendre une chose dont il ignore jusqu'à l'existence. L'occupation ne se réalise pas plus postérieurement à la découverte, car dans la plupart des cas la chose se trouve ab initio en la maîtrise de l'inventeur. En outre, l'occupation entraîne l'attribution immédiate et intégrale de la propriété sur la chose. Le mécanisme juridique de l'occupation n'explique donc pas qu'il y ait partage de la chose découverte (145) et encore moins un droit d'accès aux informations.

(142) V. Patrick O. Kelly, E.G. Jaworski, "Agreements Covering Exchanges of Biological Materials", *Trends in Biotechnology*, vol. 3, n° 1, 1985, pp. 22-27 ; pour une application comparable en génétique humaine : B.M. Knoppers et Claude Laberge, "DNA Sampling and Informed Consent" *CMAJ* vol. 140, 1989 pp 1023 ss.

(143) En effet, seules choses sans maître peuvent faire l'objet d'une appropriation par voie d'occupation.

(144) Cf. *supra*, n° 15.

(145) V. par exemple pour le trésor : Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome III par Picard, n° 606.

65. On a pu avancer que le propriétaire du fonds le deviendrait de la chose découverte par accession (146). Mais la chose découverte n'est pas un fruit ou un produit du fonds sur lequel elle a été trouvée ; ni le trésor, ni l'épave, ni les choses sans maître ne répondent à la définition du fruit ou du produit. Si l'article 552 C. civ. proclame que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous, le principe n'atteint pas le tréfonds où dorment les gisements (147). En dernier, lieu la chose découverte pourrait revenir au propriétaire du fonds immobilier ou mobilier auquel elle s'est incorporée ou unie.

66. En matière immobilière, l'accession régit les questions relatives à la plantation, à l'édification de constructions ou au déplacement des cours d'eau et des petits animaux (148). Les objets visés sont de par leur nature destinés à être attachés à un fonds immobilier dont ils constituent un accessoire en quelque façon "normal" (149). Or les objets découverts que nous avons observé présentent pour la plupart une nature distincte du fonds. Des armes cachées dans les eaux d'un étang demeurent des épaves (150) à la différence du poisson qu'on y aurait jeté ; une statue antique enfouie dans le sol demeure un trésor (151) à la différence d'anciennes fondations datées pourtant de la même époque (152). Certes, la considération de l'attachement physique l'emporte parfois sur la nature distincte de la chose découverte (153). Par ailleurs, l'accession conduit immédiatement et de façon automatique à la propriété intégrale de la chose incorporée. Dès lors, on ne s'explique pas certaines prérogatives découlant du "*jus fundi*", car lorsque la règle de l'accessoire s'applique à certaines découvertes, elle est exclusive de tout autre mécanisme juridique.

67. En matière mobilière, la distinction de l'accessoire et du principal s'annonce beaucoup plus pertinente, en particulier au regard de l'information. Dans quelle mesure l'information n'est-elle pas l'accessoire des supports qui la convoient ? Sur ce point précis, les sciences de l'information nous rapportent deux faits d'apparence contradictoire : l'information est distincte de ses supports de sorte qu'elle peut être transférée sur des supports fort différents sans que sa substance n'en soit altérée (154) ; on ne connaît

(146) V. par exemple Josserand, *op. cit.*, tome 1, n° 1681, et Atias, *op. cit.*, n° 146, p. 197, pour le trésor ; F. Zenati, *op. cit.*, n° 46, p. 57.

(147) V. Ph. Kagi, *Jurisclassueur civil, Acquisition de la propriété par union ou incorporation*, "Propriété du dessous et du dessus du sol", art. 551-552, Fasc. E, 1982, n° 31 ss

(148) Art. 564, C. civ., pour les pigeons, les lapins et les poissons ; art. 209 du Code Rural pour les essaims d'abeilles ; v. J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 80, p. 281.

(149) A titre d'illustration du concept de "gîte naturel de la chose", le propriétaire ne saurait prétendre qu'un objet caché dans son immeuble et dont il ignorait l'existence est en sa possession : Riom, 8 déc. 1938, G.P. 1938, 1, p. 374.

(150) Cass. civ., 7 juin 1950, *op. cit.*

(151) Alger, 20 mars 1912, D.1913, 2, p. 87.

(152) Req. 13 déc. 1881, D.P. 1882, 1, p. 55.

(153) Un aérolithe fraîchement tombé des nues et qui s'est enfoncé de cinq décimètres dans le sol d'un champ de céréales en serait devenu l'accessoire par ce seul fait : Trib. civ. Aix, 17 janv. 1898, D.P. 1898, 2, p. 507.

(154) Une mélodie peut être enregistrée sur une bande magnétique, transcrite sur une partition, décomposée en signaux numériques, etc.

pas d'information "pure" c'est-à-dire indépendante d'un support (155). Du point de vue juridique, ces caractéristiques emportent des conséquences bien connues ; l'appréhension de l'information se distingue de celle des supports (156) et l'une comme les autres peuvent faire l'objet de droits distincts (157). Ces principes posés, il nous paraît inexact de faire de l'information un accessoire de ses supports, lors même que le propriétaire de ces derniers en soupçonne l'existence. Ainsi chacun de nous sait que ses cellules recèlent des informations génétiques dont certaines demeurent spécifiques ; elles ne sauraient être considérées comme appropriées dans la mesure où elles ne sont pas encore appréhendées, c'est-à-dire déjà déchiffrées.

68. Le "*jus fundi*" ne saurait pas plus s'analyser en une servitude au sens de l'article 637 du Code civ., quoiqu'en certaines occasions, leur rôle respectif présente des analogies frappantes. Servitudes et "*jus fundi*" tendent à limiter l'exercice du droit de propriété dans le cadre d'une mitoyenneté. Le droit d'accès aux informations personnelles opposé à leur détenteur assure une fonction comparable à la servitude de passage grevant un fonds immobilier afin de permettre à son bénéficiaire de jouir librement de son bien.

69. LE "*JUS FUNDI*" ET LA SOUVERAINETÉ. La notion de souveraineté prise en son sens juridique, s'entend tout à la fois de l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance de l'État et du caractère suprême d'une puissance publique indépendante (158). Seule la première conception, qui correspond à une notion quantitative de la souveraineté, nous intéresse ici. L'État jouit dans les limites de son territoire d'une autonomie entière, d'une compétence exclusive en tout ce qui a trait notamment à son administration. En vertu de cette souveraineté, l'État revendique un pouvoir exclusif sur les ressources naturelles de son sol ou de son sous-sol qui les soustrait au droit commun de la propriété (159). La compétence s'exerce pareillement à l'égard des biens culturels que constituent les trésors et les épaves d'intérêt historique ou archéologique et sur le domaine public maritime, lieu traditionnel d'expression de la puissance étatique. Le "*jus fundi*", dans les hypothèses où il se manifeste au profit de l'État à l'égard des découvertes révélées sur son domaine, s'analyserait en fait comme l'expression de cette souveraineté. La solution reste au demeurant intransposable à d'autres hypothèses.

70. Le propriétaire d'un meuble ou d'un immeuble bénéficie d'un droit, non d'une souveraineté (160). L'humanité dispose des ressources de la

(155) En ce sens, L. Brillouin, "La science de l'information", Masson, Paris, 1959.

(156) L'information se perçoit : cf. *supra*, n° 33.

(157) V. par ex. Loi du 11 mars 1957, art. 29.

(158) R. Carré de Malberg, "Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français (1920-1922)", tome 1, p. 79.

(159) "Les mines n'étaient pas une propriété ordinaire à laquelle peut s'appliquer la définition des autres biens et les principes généraux sur leur possession tels qu'ils sont écrits dans le Code civil", Regnaud, Exposé des motifs, 13 avril 1810, dans Loqué, "La législation civile, commerciale et criminelle de la France", Paris, Treuttel et Würtz, 1827, tome 9, p. 491.

(160) Bien qu'on emploie parfois le terme de souveraineté pour désigner l'ensemble des prérogatives conférées par le droit de propriété, par analogie avec l'absolutisme de la souveraineté étatique.

haute mer, des astres et de la lune comme d'un patrimoine véritable. La personne dispose de son corps comme d'une sphère d'autonomie personnelle propre à lui assurer une liberté (161). Le concept de la souveraineté étatique apparaît peu compatible avec ces prérogatives. Toutes expriment néanmoins une préoccupation identique ; il y aurait une sorte de légitimité à ce que le titulaire du fonds restreigne les droits accordés à l'inventeur. Cette légitimité se fonde moins sur l'existence d'un droit de propriété dont elle déborde le champ d'application et les limites, que sur la protection nécessaire de la liberté et de l'autonomie de la personne dans la maîtrise de ses biens. L'inventeur attend à la liberté de l'individu s'il conserve secrètes les informations personnelles qui le concernent ou s'il les divulgue sans son consentement ; il attend pareillement à l'autonomie de la maîtrise et de la jouissance du titulaire du fonds en venant revendiquer sur celui-ci des objets nouveaux. En ce sens le "*jus fundi*" ne serait pas une prérogative attachée au fonds lui-même dans lequel une découverte aura été faite, mais un élément de la définition du droit de l'inventeur.

2 - Le "*jus fundi*" comme un élément de la définition du droit de l'inventeur

71. L'existence d'un obstacle spécifique à la plénitude du droit de l'inventeur et dont la caractérisation juridique s'avère infructueuse sinon impossible, s'analyse en définitive comme un élément constitutif de ce droit. Sa spécificité la constitue en une limite intrinsèque du droit de l'inventeur. Dès lors, le droit de l'inventeur se présenterait ainsi qu'un droit privatif à contenu variable, façonné au cours de l'évolution historique du droit de propriété et par la nature des objets auxquels il a peu à peu étendu son domaine. Ces influences successives se sont pour ainsi dire sédimentées pour former la structure aujourd'hui complexe du "*jus inventionis*".

72. UNE LIMITE SPÉCIFIQUE INTRINSÈQUE. Les diverses limites apportées par le "*jus fundi*" ressortent, pour leur plus grande part, à des dispositions objectives expresses. La jurisprudence de même que la pratique contractuelle adoptent néanmoins des solutions voisines dans les hypothèses où une réglementation positive n'est pas disponible (162). Il ne s'agit point là de limites internes posées à l'intérieur même du cadre délimitant le type de prérogatives reconnues à l'inventeur, mais de limites externes découlant d'une description objective des pouvoirs accordés à l'inventeur (163). Elles n'en demeurent pas moins intrinsèquement liées à la définition de ces pouvoirs en raison de leur spécificité. Cette spécificité tient à leurs caractères à la fois "*sui generis*" et systématique, puisque ces limites se retrouvent à des degrés divers à l'occasion de toute découverte réalisée sur un fonds ou un substrat appartenant à autrui. L'originalité de la situation de conflit ainsi créée par la découverte commande des solutions juridiques iné-

(161) V. en ce sens, A. David, "La cybernétique et l'humain", Gallimard, Paris 1965, p. 142 ; J.-C. Galloux, th. cit., pp. 252-254.

(162) Dans le cadre de l'attribution des épaves terrestres ou pour l'accès aux résultats de la recherche par exemple, v. supra n° 31 et 61.

(163) Comme s'il s'agissait d'un abus de droit : v. J. Ghestin et G. Goubeaux, "Traité de droit civil" Introduction générale, LGDJ, Paris, 1983, n° 697 ss.

dites, du moins pour partie, et par conséquent une définition pragmatique du droit de l'inventeur. Le recours au "*jus fundi*" apporte l'avantage de rattacher le processus de la découverte à des prérogatives mieux établies, telles que la propriété ou la souveraineté sur le fonds. Il évite alors de situer la dynamique du droit du côté de l'inventeur. Le "*jus fundi*" constitue une sorte d'empreinte en négatif des prérogatives de l'inventeur. Les formes variées que ce moule imprime au régime du droit de l'inventeur dessinent, nonobstant leur diversité, les contours d'un droit privatif véritable dans le contenu duquel on reconnaît toutes les potentialités d'un droit de propriété.

73. UN DROIT A CONTENU VARIABLE. Nous avons observé l'étonnant éventail des prérogatives absorbées par le "*jus fundi*"; il convient maintenant de lui trouver une explication globale et une justification cohérente. La trame historique nous permet d'identifier deux paramètres de cette variabilité : les contraintes économiques et la nécessité d'une justice distributive.

74. Du point de vue historique, l'évolution du "*jus fundi*" et partant, celle des prérogatives octroyées à l'inventeur, suit dans ses grandes lignes l'essor des droits de propriété tel qu'on l'a pu décrire en Europe et dont le développement est responsable de l'enrichissement des nations occidentales (164). D'un droit de propriété réservé au seigneur de la terre et au roi (165), frustrant l'inventeur du fruit de sa découverte, et déterminant une stagnation de l'activité inventive, à la revendication d'une propriété véritable sur l'information découverte partiellement accordée à l'époque moderne en vue de stimuler l'innovation en ce domaine, on observe un parcours parallèle. L'originalité du "*jus fundi*" réside dans cette étonnante variété de réponses juridiques qui correspondent chacune à l'expression d'une conception historique, et qui se sont comme sédimentées à l'intérieur d'un même statut. Le tribut payé au prince voisine la très actuelle propriété scientifique. Le "*jus fundi*" est également sensible aux controverses contemporaines relatives à l'appropriation des idées et à la définition des pouvoirs de la personne sur sa sphère corporelle. Dans cette mesure, l'évolution du droit de l'inventeur n'est pas achevée. Selon le schéma de référence, on peut prévoir qu'elle s'accomplira dans le sens d'une plus grande libéralisation de l'activité inventive qui passe par l'octroi de droits exclusifs plus ou moins étendus sur la chose découverte.

75. La recherche systématique, nécessairement coûteuse, exige, à titre d'incitation, l'octroi d'un droit de propriété sur la chose découverte. Peut-être la promesse d'une petite récompense suffisait-elle à inciter le promeneur à poser un regard plus attentif sur ses pas (166) afin de découvrir une épave; les investissements de recherche et développement dans des domaines technolo-

(164) Sur l'ensemble de cette question : D. C. North et R. P. Thomas, "L'essor du monde occidental" Flammarion, Paris, 1980.

(165) V. supra n° 52 sur le régime des épaves maritimes, fluviales et aériennes.

(166) Cette promesse paraît de nos jours insuffisamment incitative, comme le note F. Zenati à propos des épaves maritimes, commentant le décret du 21 juin 1985 fixant leur régime : le fait que l'inventeur ne puisse devenir propriétaire des épaves est "constitutive d'un obstacle à l'activité que peut nécessiter le sauvetage de l'épave ou la sécurité des tiers", RTD.Civ. 1985, p 631. On mesure ici le changement des mentalités...

giques de pointe réclament, on s'en doute, un peu plus. La recherche sur le vivant (167) l'illustre bien ; ces préoccupations sous-tendent également la revendication des savants pour une propriété scientifique. Dans cette perspective, les interventions autoritaires de l'État paraissent appartenir à l'archéologie juridique. Elles gardent cependant des partisans fidèles (168), et sont appelées des vœux de ceux qui sont envahis par la crainte d'un impérialisme du droit de l'inventeur qui viendrait menacer les libertés individuelles et collectives (169). C'est un peu vite oublier que le "*jus fundi*" propose des solutions moins radicales, il joue fondamentalement un rôle d'arbitre.

76. Les temps ne sont plus à une conception extensive et même absolutiste du droit de propriété (170). Il n'y a pas une mais des propriétés et les pouvoirs du propriétaire sur les choses qui lui appartiennent varient selon leur nature (171). La diversité des manifestations du "*jus fundi*" exprime parfaitement combien le droit de l'inventeur est tributaire de cette nature. La diversité caractérise le droit même : elle est un effet du juste partage des biens, une application du précepte fondamental "*suum cuique tribuere*" (172). Car à côté de la nécessité économique qui impose de reconnaître un droit privatif sur la découverte, subsiste l'exigence d'une justice distributive dont la copropriété, le partage des bénéfices ou le droit d'accès à la chose découverte, constituent les manifestations les plus tangibles (173). Les détails de ce partage, qui doit tendre à rétablir un équilibre naturel réglé sur la nature des choses (174), suppose une approche pragmatique que l'on retrouve dans le régime du droit de l'inventeur et qui lui donne cet aspect parfois casuiste et improvisé. Une telle démarche s'appliquera sans doute à l'avenir (175).

(167) Le fait de priver contractuellement le licencié d'une variété végétale, par exemple, de ses droits sur les futures mutations qui pourraient affecter cette variété, "diminue du même coup ... l'intérêt du licencié pour les éventuelles qualités des mutations qu'il pourrait observer" dec. Meilland précitée, JOCE L 369-17.

(168) Sur les nouvelles dispositions relatives au régime des épaves maritimes, dans un esprit empreint de colbertisme : F. Zenati art. cit. p. 632.

(169) La bataille juridique relative à la protection des résultats de la recherche dans le domaine du déchiffrement du génome humain, est de ce point de vue exemplaire ; les chercheurs pensent protéger les banques génétiques (qui sont autant de banques de données) par le droit d'auteur (v. "Mapping our genes" OTA Report, GPO, Washington, 1988 pp 166-175), tandis que d'autres désirent que les résultats découverts tombent immédiatement dans le domaine public (v. E. Short, "Proposed ASHG position on the mapping-sequencing the human genome" Am. J. Hum. Genet., vol. 43, 1988, p. 101.).

(170) V. en ce sens F. Terré, "L'évolution du droit de propriété depuis le Code Civil", Droits, 1985, p. 47.

(171) En ce sens, B. Starr, "Droit civil. Introduction", Litec, Paris, 1976 n° 92.

(172) V. Michel Villey, "Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)", Dalloz, Paris, 1976 p 196 notamment.

(173) La rencontre des préoccupations économiques et des exigences de justice distributive est bien illustrée dans la décision Meilland précitée : les stipulations contractuelles déniaient tout droit au licencié sur les mutations découvertes sur la variété licenciée, outre qu'elles apparaissent peu incitatives (cf. supra), sont contraires aux réglementations relatives à la libre concurrence (art. 85-3 du Traité de Rome) ; elles sont donc à la fois injustes et anti-économiques ; JOCE L 369-17.

(174) La prérogative du droit d'accès en matière d'appropriation d'information, est le type même d'un équilibre réglé en considération de la nature particulière de la chose (ici l'information).

(175) Ainsi, le groupe d'étude du Conseil d'Etat in "Science de la vie ; de l'éthique au droit", Doc. Française, Paris, 1988, p 41, recommandait que les industries ayant découvert et exploitant des éléments biologiques d'intérêt industriel sur des échantillons prélevés chez un

CONCLUSION

77. A qui appartiennent les choses découvertes ? L'action de découvrir confère-t-elle un droit particulier à l'inventeur sur la chose qu'il a révélée ? Dans quelle mesure est-il possible d'envisager l'émergence d'un droit de l'inventeur sur ses découvertes ? Les structures juridiques actuelles permettent assurément d'identifier un droit de l'inventeur sur ses découvertes dans la mesure où l'action de découvrir est un fait générateur de la propriété de l'objet sur lequel elle porte. Ce droit naît dans le chef de l'inventeur et consacre comme tout lien privatif "une forme de relation essentielle de l'homme aux choses" (176). Les prérogatives accordées à l'inventeur varient toutefois considérablement selon les hypothèses, puisque l'appropriation peut naître concomitamment à l'établissement du lien avec la chose, comme elle peut lui être refusée. Cette variabilité tient en fait à la prise en considération des prérogatives homologues du "*jus fundi*" dont le propriétaire du fonds ou du support sur lequel la chose a été découverte peut justifier. Le "*jus fundi*" est un élément même de définition du droit de l'inventeur. Certes, le schéma ainsi exposé comporte-t-il quelques incohérences dues pour une large part à l'emprise de l'État sur l'activité inventive. Le régime des épaves illustre bien la prétention de l'État à régir ce problème. Il s'agit là d'archaïsmes économiques dont on peut espérer qu'ils disparaîtront si la revendication des inventeurs devient mieux perçue par les juristes. L'évolution technologique et la compétition économique contemporaines y poussent, et les pratiques préfigurent la confirmation d'une propriété sur les choses découvertes. Il serait cependant opportun que le législateur donne une meilleure définition des prérogatives de ce droit dans le cadre d'une réglementation globale de son exercice. Alors peut-être, le droit de l'inventeur sur ses découvertes cesserait d'être ce droit quelque peu fabuleux ... du moins pour les juristes.

patient, reversent une partie des bénéfices ainsi dégagés à des offices publics. Cette disposition qui va dans le sens de notre démonstration, n'a pas été reprise dans l'avant projet de loi "relatif aux sciences de la vie et aux droits de l'homme" (mars 1989).
 (176) J. Carbonnier, "Flexible droit", LGDJ, Paris 1976, p. 190.

R.R.J. 1991-2

Pages 421 à 438

- IV -

**HISTOIRE DES IDÉES
POLITIQUES ET
SCIENCE POLITIQUE**

RENAN ET L'IDÉE RÉPUBLICAINE (1)

Par

Edouard RICHARD

*Moniteur au Centre d'Études et de Recherches d'Histoire des Idées Politiques
de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille*

A Daniela,

INTRODUCTION

C'est en pleine affaire des congrégations qu'une nouvelle pierre du mur anticlérical fut posée par les républicains inaugurant la statue d'Ernest Renan à Tréguier (Bretagne), le 13 Septembre 1903. Récupération habile de la part d'une république trop heureuse de conserver en Renan le fondateur d'une légitimité républicaine au laïcisme exacerbé. Renan n'avait-il pas envisagé la séparation de l'église et de l'état comme inéluctable ? (2)

Les catholiques de Tréguier monarchistes et conservateurs, en réaction à cette inauguration, exprimèrent dès lors leur hostilité à la manœuvre républicaine : "Par dessus la tête d'Ernest Renan, néo-bleus de Bretagne, libre-penseurs, francs-maçons, tous les meneurs de la campagne présente qui entendent viser, atteindre et frapper en plein visage notre seigneur Jésus-Christ et sa fidèle Bretagne" (3). Pourtant, Renan, à cette même époque, était récupéré par la droite nationaliste, laquelle en fera l'un des maîtres qui inspirèrent toute la génération théoricienne de l'Action Française.

Des républicains radicaux aux monarchistes nationaux, chacun tirait le penseur à lui, fondateur de la République ou héros de la fustigation de la démocratie, selon ce que l'on voulait considérer comme la pensée profonde du penseur. Il est vrai que l'étude de la vie et de l'œuvre de Renan ne laissent pas de dérouter.

L'acuité de son esprit critique le pousse à sortir du séminaire en 1845, entamant dès lors un combat contre la religion traditionnelle et, privi-

(1) N.B. Les œuvres d'Ernest Renan furent éditées chez Calmann Levy sous le titre *Œuvres complètes* de 1947 à 1961.

(2) "Le fonctionnaire de l'État ne peut relever que de l'État, c'est dire assez qu'il ne peut relever d'aucune obédience, ni appartenir à aucune congrégation en dehors de l'État. La séparation de l'Église et de l'État est, d'après cela, le but indiqué pour l'avenir...Je ne suis nullement un ennemi du catholicisme...Bien des choses pourraient sortir de cette grande institution, le jour où elle cesserait d'être enchaînée à un pharisaïsme officiel qui la pervertit", Lettre à Rébité du 21 Décembre 1878, *Œuvres Complètes* T.IX p. 775, C.Levy, 1961.

(3) Pourquoi nous protestons contre la glorification d'Ernest Renan à Tréguier (Signé le Breton), Rennes, Imprimerie E.Prost, 1903, pages 2-3.

légiant la nouvelle religion : celle de la science (4). Son premier ouvrage d'importance, *l'Avenir de la Science*, écrit en 1848 ne sera publié qu'en 1890 sur les conseils d'Augustin Thierry "Il me prédit un échec complet auprès du public..." (5).

Conciliant spiritualisme et matérialisme en idéalisme hégélien, Renan donne ainsi le ton général de son œuvre (6). Devenu professeur au collège de France, il acquiert la plus grande notoriété, au sens où l'on voudra l'entendre, parlant dans un de ses cours de "l'homme incomparable que fut Jésus", expression qui entraîna la colère des catholiques et la destitution de la chaire. Motivation qui accrut son dégoût pour tout système oppresseur de la pensée par ignorance ou par dogmatisme. Parallèlement, il développe de virulents écrits politiques comme *Les essais de morale et de critique*, *La monarchie constitutionnelle en France*, où il prend position pour une monarchie tempérée et libérale et fustige la révolution qui entraîna la France dans la voie d'un matérialisme grossier impropre à assurer le règne de la pensée.

Le choc, terrible pour lui, de la défaite de 1870 devait entraîner la rédaction de la *Réforme intellectuelle et morale*, œuvre pivot de sa carrière politico-littéraire, critique virulente de la démocratie source de faiblesse, apologie du modèle Prussien générateur de force. Il faut régénérer, réformer la France, mais pas de révolution (7)

L'incertitude des monarchistes durant la période 1871-1877 engendre chez lui un sentiment de dégoût qui contribuera certainement à ce que l'on considèrera comme son ralliement à la République des années 1880.

Renan, personnage central de la vie littéraire de l'époque est alors adulé par la République naissante en quête de légitimité. Déjà, il avait été réintégré dans sa chaire au collège de France par Jules Simon, il en deviendra administrateur et y mourra le 5 Octobre 1892.

Alors Renan, réclamé de part et d'autre, a-t-il évolué reniant ses choix de la veille par séduction pour une timocratie républicaine ? A-t-il failli à un idéal monarchique par amour pour une république, une démocratie qu'il fustigea jusqu'alors ? A-t-il été le républicain de la statue de Tréguier ou le monarchiste évoqué par Maurras ? Il a été, en réalité, surtout renanien, même si cet aspect de son tempérament n'est pas exclusif d'une étude sur sa position au regard de l'idée républicaine.

(4) "Ce fut comme une lente relation qui, du même mouvement, entraînait dans la nuit les terres chrétiennes, et produisait dans un jour de plus en plus vif le nouveau royaume de la science. En quelques mois, Renan refit le chemin qu'avait parcouru l'esprit occidental du XVIIe au XIXe siècle", Jean Pommier *Renan d'après des documents inédits*, Paris, Perrin, 1923, p. 42.

(5) "Cet homme excellent me dissuada nettement de faire mon entrée dans le monde littéraire avec cet énorme paquet littéraire, il me prédit un échec complet auprès du public...", Préface à *L'avenir de la science* (1890), OC T.III, p. 717.

(6) Jean-François Hugot, *Le dilettantisme dans la littérature d'Ernest Renan à Ernest Psichar.*, Thèse, Paris IV, 1953, p. 54.

(7) "Il pose en principe qu'il doit toujours y avoir continuité entre la passé, le présent et l'avenir. Adversaire du rupturalisme, il oppose donc la Réforme à la révolution.", Alain de Benoist, *La réforme intellectuelle et morale et autres écrits - Textes choisis*, Paris, Albatros Valmonde, 1982, p. 16.

I - LE REJET DE L'IDÉE RÉPUBLICAINE

A - LES FONDEMENTS DE L'IDÉE RÉPUBLICAINE

"L'élévation d'une civilisation est d'ordinaire en raison inverse du nombre de ceux qui y participent" (8). Partant de ce constat, Renan développe une conception aristocratique de la civilisation basée sur la prolifération d'une élite intellectuelle, ou noblesse, possédant la raison suffisante et nécessaire au développement harmonieux de la société dont elle a la charge (9).

Déçu par la religion traditionnelle, il s'attache à sa religion nouvelle, la science (10), laquelle puise sa condition d'existence dans le principe aristocratique qui la protège et la crée, dans un but ultime de perfection et d'atteinte de l'idéal : Dieu. Si "l'idéal-but" doit être le progrès de l'humanité hiérarchisée (11), il apparaît que le meilleur moyen de l'atteindre ne peut trouver son fondement dans des principes ou des institutions (12) niant la supériorité et la suprématie de ceux qui sont au service du progrès.

Sa marche ne doit être entravée d'aucune manière et les institutions se doivent, au contraire, de favoriser son développement. C'est à la suite de la publication de *l'Avenir de la Science* (écrit en 1848), que l'on émit l'opinion selon laquelle Renan aurait été sensible aux conceptions démocratiques, républicaines et révolutionnaires alors propagées, lesquelles étaient déjà, pour une part importante, aux antipodes des concepts de progrès élitistes de Renan. Ainsi Bourdeau : "Nous avons rencontré dans *l'Avenir de la science* un Renan démocrate. Sous la double influence de la jeunesse et des idées du temps, Taine et Renan furent un instant favorables à l'esprit et aux hommes de la révolution qui commençait à se former vers 1848" (13).

On pourrait en effet penser, en lisant certaines pages de cette première œuvre d'importance, que Renan, voyant dans le principe révolutionnaire un facteur de progrès (14), lui délègue alors ses sympathies : "Ceux qui croient- dit-il - que la rénovation nécessitée par tout le travail du XVIIIe siècle

(8) Channing et le mouvement unitaire aux États-Unis, O.C. T.VII, p. 281.

(9) "La civilisation à l'origine a été une œuvre aristocratique, l'œuvre d'un tout petit nombre (nobles et prêtres) qui l'ont imposée par ce que les démocrates appellent force et imposture: la conservation de la civilisation est une œuvre aristocratique aussi", *La réforme intellectuelle et morale*, O.C. T.I, p. 375.

(10) "Ma religion c'est toujours le progrès de la raison, c'est à dire de la science", Préface à *l'Avenir de la science*, O.C. T.III, p. 719.

(11) "L'humanité est une échelle mystérieuse, une série de résultats procédant les uns des autres. Des générations laborieuses d'hommes du peuple et de paysans font l'existence du bourgeois honnête et économe, lequel fait à son tour le noble, l'homme dispensé du travail matériel, voué tout entier aux choses désintéressées. Chacun à son rang est le gardien d'une tradition qui importe aux progrès de la civilisation", *La monarchie constitutionnelle en France*, O.C. T.I, p. 484.

(12) "C'est (...) l'idée de progrès qui intervient pour persuader Renan que les institutions - comme le christianisme- qui ne marchent pas, finissent par rester en arrière dans le mouvement général de l'humanité", Keith O'Gore, *L'idée de progrès dans la pensée de Renan*, Nizet, Paris, 1970, p. 41.

(13) J.Bourdeau, *Les maîtres de la pensée contemporaine*, Alcan, Paris, 1904, p. 72.

(14) Il écrivait déjà à Berthelot en 1873 : "L'idée la plus avancée est la plus vraie et la plus viable. Honneur à quiconque aura poussé à la roue, et aura contribué pour sa part à avancer l'avènement de ce qui doit venir", Lettre du 22 Août 1847, in. *Correspondance Renan/ Berthelot*, C.Levy, Paris, 1898, p. 24.

eût pu se faire pacifiquement se trompent. Rien ne se fait par le calme, on n'ose qu'en révolution" (15).

A cette même époque, écrivant à sa soeur, il fait l'apologie du "moyen" révolutionnaire, quels qu'en soient les avatars, dès lors que celui-ci participe de la quête d'idéal de l'humanité (16).

"Tu comprends bien qu'en acceptant la révolution qui s'est accomplie et les tendances nouvelles qu'elle a réveillées, je suis loin de faire l'apologie des hommes et des moyens qui ont été mis en œuvre (...) mais tu le sais bien, (...) qu'il ne faut tenir aucun compte, dans l'histoire, des moyens par lesquels sont conquises les améliorations successives de l'humanité. Ne jouissons nous pas depuis un demi-siècle des bienfaits désormais incontestés, je pense, d'une première révolution qui employa bien d'autres moyens ... la proscription, l'échafaud ? En acceptant les améliorations, avons nous accepté les horreurs qui furent nécessaires pour les conquérir ? C'est la loi des révolutions. Malheur à qui les fait, heureux qui les hérite" (17).

Dès lors il est sûr que son enthousiasme, nonobstant la juvénilité de certains emportements, (18) ne relève pas de l'inconscience, surtout si l'on considère que pour lui : "La vraie histoire de France commence à 89, tout ce qui précède est la lente préparation de 89 et n'a d'intérêt qu'à ce prix" (19). Renan est-il alors favorable aux esprits et aux hommes de la révolution ? Peut-on affirmer que Renan pense ou ne pense pas quelque chose sans être dérouteré, à la lecture de ses œuvres, par des prises de position les plus contradictoires en apparence ?

Brunetière semble donner la clef de ce système : "Il n'arrivait à l'affirmation, quand il y arrivait, qu'au travers d'un dédale infiniment compliqué de négations, de contradictions, d'hésitations et de doutes. Il s'attardait dans ce labyrinthe, et, visiblement, il s'y complaisait" (20). L'universalité de son esprit, son étude de toute chose et de son aspect opposé expliquent cependant sa méthode hégélienne. Pour lui, en effet, l'affirmation d'une opinion n'est que le résultat d'une affirmation brute antérieure, tempérée et purifiée par la prise en compte de son contraire (thèse, antithèse, synthèse). Brunetière en doute encore (21). Mais n'est-ce pas alors une manifestation d'anti-dogmatisme ?

(15) *L'avenir de la science*, op. cit., p. 990.

(16) "Le but de la vie doit être de créer Dieu, de rejoindre le philosophiquement vrai, le philosophiquement beau. Ceci est parfaitement synthétisé par Laudyce Rétat par l'expression: "L'idée de but moteur de l'idéalisme", Laudyce Rétat, *Renan, Histoire et Parole. Œuvres diverses*, Laffont, Paris, 1984, p. 15.

(17) Lettre à Henriette Renan, in *Lettres de famille*, O.C. T.IX, p. 1100. N.B. : La dernière phrase est de Lamartine, cf. "Jocelyn".

(18) "Paris est ébouriffant de gaieté et de folie. C'est à mourir de rire d'entendre tous les quolibets qui se débitent, de voir toutes les caricatures qui couvrent les murs. Il y a des émeutes, mais c'est pour jouer...", Lettre à Mme. veuve Renan du 19 Avril 1848, in *Lettres de famille*, op. cit. p. 1057. N.B. : On ne doit point omettre le ton sans doute volontairement rassurant de la lettre en raison de la qualité de la destinataire.

(19) *L'avenir de la science*, op. cit. p. 747.

(20) Ferdinand Brunetière, *Cinq lettres sur Ernest Renan*, Perrin, Paris, (2e édition), 1904, p. 22.

(21) "Ah s'il avait profité de la grande leçon de l'hégélianisme qui est que l'expression d'une vérité n'est complète qu'autant que, par un artifice de vocabulaire ou de syntaxe, on réussit à y faire entrer l'expression de son contraire", *ibid.* p. 21.

La quête de "l'idéal-but" suppose la non adhésion à toute forme de dogme. Alors le Renan apologiste du moyen révolutionnaire (22) ne se situe qu'à la phase préliminaire de son raisonnement consistant à nier "l'idéal-but" révolutionnaire lequel, impliquerait une foi dogmatique en une démocratie imperfectible car fondée sur des concepts qu'il rejette.

Ainsi, voir le démocrate, même d'un instant, chez le Renan de 1848, serait nier l'idée de but, laquelle est exclusive de la démocratie vue comme condition de son avancement. Mais si Renan se fit l'apologiste du moyen révolutionnaire "quarante-huitard" car il crut y voir le moyen d'atteindre sa liberté de penseur dont il se jugeait spolié sous les derniers feux de Juillet comme l'avaient été ses coréligionnaires avant et après 1789 (23). "Que l'on cite un seul libre penseur, un seul homme moderne, soit pour la science, soit pour la philosophie, soit pour la politique, qui, avant la fin du XVIIIe (et depuis !) n'ait été l'objet d'une persécution ouverte, ou de tracasseries vexatoires de la part des rétrogrades. Ce sont les martyrs de la religion moderne (24).

Son apologie du moyen révolutionnaire peut donner l'apparence d'une adhésion aux préceptes démocratiques qui réemergèrent de Février à Juin, mais les confessions postérieures argument en sens contraire (25). Madame Rétat confirme que : "La république ne donnera jamais à Renan ce dont la révolution lui paraît la promesse ou plutôt figure : les conditions d'une rupture fondatrice et, pour tout dire dogmatique" (26). Renan vénère la révolution comme un enfantement mais il en rejette la progéniture (27), comme il a admiré les premiers temps du christianisme (28) tout en réfutant

(22) cf. note 16.

(23) "Ces répressions absolutistes chez un pouvoir qui s'est constitué en tant que libéral, cette averse personnalité, qui anéantit toute idée devant l'instinct de conservation, m'exaspèrent et me causent un douloureux refoulement à la vue de mon impuissance. Je voudrais pouvoir crier à tout le monde l'absurdité et la contradiction d'un pareil système; je voudrais l'imprimer à la vue de tous en caractères aussi gros que l'évidence", Lettre du 22 Août 1847, in. *Correspondance Renan/Berthelot*, op. cit. p. 18.

(24) *ibid.* p. 19.

(25) "J'avais encore sur la révolution et sur la forme de la société qui en est les préjugés ordinaires en France, et que de rudes leçons devaient seules ébranler. Je croyais la révolution synonyme de libéralisme, et, comme ce dernier mot, représente assez bien pour moi la formule du plus haut développement de l'humanité, le fait qui, selon une trompeuse philosophie de l'histoire, en signale l'avènement m'apparaissait en quelque sorte comme sacré", *Essais de morale et de critique* (1859) O.C. T.II, p. 16.

(26) "Renan pose dans sa dimension extrême, en rapport avec la science, le problème de la violence et de la vérité: s'il y avait un dogme enfin vrai, il n'y aurait plus de violence ni même de dogme, l'un et l'autre s'annuleraient dans le Vrai salvateur", *Laudyce Rétat Renan entre révolution et république, coïncidence ou malentendu*, Revue Commentaire, n° 39, Automne 1987, pp. 588-589.

(27) Témoins l'opinion de Renan sur l'histoire des Jacobins de Taine dont ce dernier lui soumit la lecture : "Presque tout est vrai en détail; mais c'est le quart de la vérité. Il (Taine) montre que tout cela a été triste, horrible, honteux; il faudrait montrer en même temps que cela a été grandiose, héroïque, sublime...Il faudrait ne rien dissimuler, montrer l'absurde et le ridicule à côté de l'admirable, que le tableau fut semblable à la réalité; et on serait sûr d'avoir fait l'œuvre la plus frappante qui fut jamais", Lettre du 17 Août 1879 in. *Correspondance Renan/Berthelot*, p. 477.

(28) "Je lisais l'histoire de la révolution de M.Thiers. Ce fut étrange, grandiose, mais cela ne peut s'imiter; cela ne sera arrivé qu'une fois, comme tous les faits de premier ordre et uniques, tels que les origines du christianisme, de l'islam, choses impossibles à copier", Lettre du 27 Juillet 1875, *ibid.* p. 441.

la religion qui en résulta (29) ; ceci, car l'idéal fondateur, source d'éveil de l'espoir libéral, se perdit dans un nouveau dogme. L'inaffabilité n'est-elle pas, à ses yeux, au christianisme ce que la république est à la révolution ?

"Les nations occidentales, qui ont eu la fièvre ardente de l'absolu et du droit, l'Inquisition, le tribunal révolutionnaire, la Terreur, sont jeunes maîtresses du monde. Capables de beaucoup aimer et beaucoup haïr, elles doivent à leurs excès mêmes d'avoir dans le passé quelque chose à détester et dans l'avenir un idéal à poursuivre. Les mots de foi et d'espérance ont pour elles un sens : ce sont des races dogmatiques, habituées à préférer mille choses à la vie, possédées d'une confiance invincible en ce qu'elles croient la vérité" (30).

Les œuvres ultérieures de Renan confirmeront cette méfiance à l'égard des conséquences du phénomène révolutionnaire (31). Parlant de 89 il s'exclame : "Rien n'arrive qui ne soit la conséquence de ce fait capital" (32). Et Renan de condamner la république jacobine dérivée du système rousseauiste et conséquence de 91 (33) contre laquelle la réaction n'engendra qu'un reliquat impérial (34). Ernest Renan, le libre penseur, craint la république omnipotente puisant son existence dans 93 et ses racines dans ce qu'il appelle l'esprit romain. Héritier de la tradition impériale romaine (35), développé et systématisé malgré l'opposition de l'esprit germanique constitutif de féodalité source de contre-pouvoir à l'hégémonie du pouvoir royal (36). L'esprit romain, traduit sous Philippe le Bel par le concept de "raison d'État" (37), devient part intégrante de l'absolutisme monarchique du XVII^e siècle puis, par extension, de la république totalitaire de 1793 par conséquent héritière de l'absolutisme antique.

(29) Ceci dit, Renan n'a pas perdu tout espoir : "Savez vous qu'il est très possible que je sois destiné un jour à réhabiliter le christianisme, non pas comme orthodoxe et infaillible, mais comme une grande doctrine spiritualiste et supra sensible contre le matérialisme et le réalisme qui font le fond du socialisme", Lettre à Charles Daremberg du 4 Mars 1850, O.C. T.IX, p. 850.

(30) *L'avenir religieux des sociétés modernes*, O.C. T.I, op. cit. p. 234.

(31) Essentiellement *Les questions contemporaines* (1859), *La monarchie constitutionnelle en France* (1869), *La réforme intellectuelle et morale* (1871), O.C. T.I.

(32) *La monarchie constitutionnelle*, O.C. T.I, op. cit. p. 478.

(33) "Admirables assurément furent les débuts de la révolution, et, si l'on s'était borné à convoquer les États Généraux, à les régulariser, à les rendre annuels, ont eût été parfaitement dans la vérité. Mais la fausse politique de Rousseau l'emporta, on voulut faire une constitution a priori...On se laissa déborder par le peuple; on applaudit puérilement au désordre de la prise de la Bastille sans songer que ce désordre emporterait tout plus tard", *La réforme intellectuelle et morale*, op. cit. p. 337.

(34) "La conséquence de la révolution ne pouvait être que le Consulat ou l'Empire. L'œuvre de Napoléon n'est en somme que le programme révolutionnaire réalisé en ses parties possibles", *La monarchie constitutionnelle en France*, op. cit. p. 481.

(35) "Les Gaulois ayant horreur de la souveraineté divisée, et voulant sans cesse revenir à l'administration égalitaire de l'empire, non à celle des premiers Césars, empreinte encore d'un certain esprit aristocratique, mais à celle du temps de Dioclétien, qui est toujours restée l'idéal de notre pays", *M. de Sacy et l'école libérale* (article paru le 1er Août 1858 sous le titre : *L'école libérale, ses principes et ses tendances* dans la Revue des deux mondes), O.C. T.II, p. 49.

(36) "La France du Moyen-Age est une construction germanique, élevée par une aristocratie militaire germanique avec des matériaux Gallo-Romains. Le travail séculaire de la France a consisté à expulser de son sein tous les éléments déposés par l'invasion germanique jusqu'à la révolution, qui a été la dernière convulsion de cet effort", *La réforme intellectuelle et morale*, op. cit. p. 347-348 ; ou encore *Monsieur de Sacy et l'école libérale*, op. cit. p. 44.

(37) *Monsieur de Sacy et l'école libérale*, op. cit. p. 50.

Ainsi, ce que M. La Ferla traduit par : "l'incapacité de la France à se constituer une solide monarchie constitutionnelle (...) fait fondamental de l'histoire française" (38) en raison de son penchant pour l'absolutisme, explique les conséquences jacobines de 1793, c'est à dire la république absolue et centralisatrice.

"Le pendant exact de la colossale royauté de Louis XIV est la république de 1793, avec sa concentration effrayante de pouvoirs, monstre inouï, tel qu'on en avait jamais vu de semblable" (39). A ces éléments viennent s'ajouter des facteurs sociaux nés de l'utopie égalitaire des républicains de 93, achevant de détacher Renan de ce triomphe du matérialisme, anti-thèse absolue de son idéalisme.

B - LE MATÉRIALISME, VICE INHÉRENT A LA RÉPUBLIQUE

L'idéal démocratique poursuivi par la révolution ne repose pas sur des bases saines, le matérialisme des masses, accoué au principe du suffrage universel constituant une source de désagrégation de la société. La quête du bonheur est assurément un idéal moteur de la philosophie des Lumières mais, entendu politiquement, ce message peut engendrer de graves répercussions tant sur les mentalités que sur les institutions, engendrant par déformation ce qui constituera l'égalitarisme républicain.

Renan rejette sans hésiter cette théorie du bonheur fondée sur un matérialisme vulgaire : "D'après cette théorie, que l'on peut bien qualifier de matérialisme en politique, la société n'est pas quelque chose de religieux ni de sacré. Elle n'a qu'un seul but, c'est que les individus qui la composent jouissent de la plus grande somme possible de bien être, sans souci de la destinée idéale de l'humanité (40). A cet aspect bourgeois (41) du matérialisme, répond celui des masses au moins aussi opposé, même s'il se justifie plus, à la quête de l'idéal. La conception renanienne de progrès relève d'une philosophie qui n'est pas celle des masses (42) et, par conséquent, s'éloigne de toute action politique prenant en compte leurs aspirations pour établir la forme de régime s'en rapprochant le plus, c'est à dire la république. Par la suite, le socialisme reprenant à son compte le concept Jacobin, et donc républicain, d'égalité, constitue le grave danger de dérive engendré par le matérialisme (43).

(38) Giuseppe La Ferla *Renan politico*, Da Silva, Firenze, 1953.

(39) *La réforme intellectuelle et morale*, op. cit. p. 489.

(40) *La monarchie constitutionnelle en France*, op. cit. p. 482.

(41) "La bourgeoisie est intelligente, instruite, spirituelle, active, industrielle, animée d'un esprit d'ordre, possédant à haut degré les vertus de famille. Mais elle n'a pas d'originalité, elle n'a rien créé et ne créera rien en poésie ni en philosophie, elle n'est que critique, parce qu'elle n'est que fine et spirituelle. Elle n'a d'ailleurs aucune croyance, et ne fait qu'en simuler le dehors. Elle résistera cruellement à la religion nouvelle", Lettre à Henriette Renan du 16 Juillet 1848, in. *Correspondance*, op. cit. p. 1094.

(42) "...peut-on dire qu'il résulte pour elle (la classe populaire) des avantages matériels et moraux suffisants pour compenser l'action corruptrice de tant de désirs que l'industrie a éveillés et qu'elle est impuissante à satisfaire ? Le but de l'industrie n'est ni la morale ni la culture intellectuelle", *Essais de morale et de critique*, O.C. T.II, p. 19.

(43) "Les mots de socialisme et de communisme vont maintenant être exploités, comme l'ont toujours été certains mots épouvantails, comme l'était autrefois par exemple, le mot panthéisme contre la philosophie de l'université. Quiconque parlera de progrès le plus timidement du monde sera immédiatement communiste et les bonnes gens, en passant à côté de lui, remercieront Dieu de leur avoir donné du bon sens préférablement à ce misérable", Lettre à Henriette Renan du 1er Juillet 1848, in. *Lettres de famille*, O.C. T.IX, p. 1103.

Cette égalité républicaine se situe aux antipodes de sa conception hiérarchique de l'humanité menacée par ces ferments de démocratie.

"La démocratie sectaire et jalouse est même ce qu'on peut appeler l'erreur théologique par excellence ; puisque le but poursuivi par le monde, loin d'être l'aplanissement des sommités, doit être au contraire de créer Dieu (44). L'égalité, corps matérialiste niveleur, s'oppose, depuis 1789, à l'esprit idéaliste, âme constructrice, dans un combat dont l'enjeu est, au delà des clivages politiques, la philosophie même sur laquelle reposent les bases de notre société (45).

"Au milieu de cette plaine uniforme que l'égalité a créée autour de nous, une seule forteresse est restée debout, celle de l'esprit" (46). L'égalité, Renan ne la conçoit que postérieure au stade ultime de l'idéal : "Il n'y aura d'égalité que quand tous seront parfaits (47). Le bonheur passe par la perfection et non pas par l'égalité de condition, qu'elle soit de droit ou de fait (48).

Il reste de tout cela une profonde méfiance, voire une aversion, de Renan non pas tant envers le peuple qu'envers ses aspirations le plus souvent traduites par la démocratie et donc la république seule susceptible, selon lui, de lui apporter ce qu'il croit être la solution de ses maux. Comme le résume Maurice Agulhon, si Renan a surtout craint l'idée républicaine, "c'est parce qu'il était sceptique et effrayé devant ce qui est à la fois son fondement juridique et social : la démocratie, la masse, le suffrage universel (49).

L'aristocratie ayant failli à son devoir d'éducation du peuple, celui-ci n'est donc pas mûr : "car les masses étant aveugles et inintelligentes, n'en appeler qu'à elles, c'est en appeler de la civilisation à la barbarie" (50). Cette opinion, qui augure mal des sensibilités démocratiques de Renan, se voit confirmée par l'exposé des motifs pour lesquels il rejette le suffrage universel. A l'instar de Tocqueville, il craint la foule et la démocratie, matérialisation de ses choix politiques (51) ne pouvant engendrer que le chaos (52).

Dans une lettre à Berthelot du 26 Février 1871, Renan, écoeuré par le désastre de 70, réitère en la synthétisant sa conception anti-démocratique : "La France s'est trompée sur la forme que peut prendre la conscience d'un peuple. Un tas de sable n'est pas une nation ; or le suffrage universel n'admet que le tas de sable, sans cohésion ni rapport fixe entre les atomes. Nous

(44) *Dialogues philosophiques*, O.C. T.III, p. 605.

(45) "Dans sa fausse notion de la vertu qu'elle confond avec l'âpre revendication de ce que chacun regarde comme son droit, l'école démocratique ne voit pas que la grande vertu d'une nation est de supporter l'inégalité traditionnelle", M.de Sacy et l'école libérale, in. *Essais de morale et de critique*, op. cit. p. 26.

(46) *ibid.*

(47) *L'avenir de la science*, op. cit. p. 986.

(48) Ainsi, répondant à ceux pour qui l'éducation du peuple ne lui servait qu'à mieux sentir les différences qui le séparent matériellement des classes supérieures, Renan répond : "Oui, ces pauvres gens seront plus malheureux quand leurs yeux seront ouverts. Mais il ne s'agit pas d'être heureux, il s'agit d'être parfait. Ils ont le droit comme les autres à la noble souffrance. Songez donc qu'il s'agit de la vraie religion, de la seule chose sérieuse et sainte", *ibid.* p. 987.

(49) M.Agulhon, *La réforme intellectuelle et morale, texte de circonstance*, in. *Études renaniennes* n° 60, 2e trimestre 1985, p. 10.

(50) *L'avenir de la science*, op. cit. p. 997.

(51) "Le jugement et le gouvernement des choses ont été transportés à la masse; or la masse est lourde, grossière, dominée par la vue la plus superficielle de l'intérêt", *La réforme intellectuelle et morale*, op. cit. p. 344.

(52) *Correspondance Renan/Berthelot*, op. cit. p. 395.

avons détruit les organes essentiels d'une société, et nous nous étonnons que la société ne vive pas" (53). Ainsi la république, la démocratie, puisant son principe de vie dans le renouvellement périodique du suffrage universel, constitue donc la négation de la durée, de la conservation, de la tradition (54). Pire encore, la république utilise pour vivre un principe de mort contraire à ce dont, pourtant, elle se réclame. Ainsi, la souveraineté nationale est pour Renan : "la négation du principe national, car le principe national, comme la religion, suppose des pactes indépendants de la volonté des individus, des pactes transmis et reçus de père en fils comme un héritage... La vérité est qu'une nation est autre chose que la collection des unités particulières qui la composent, qu'elle ne saurait dépendre d'un vote, qu'elle est à sa manière une idée, une chose abstraite, supérieure aux volontés particulières" (55).

Ainsi, un régime politique se réclamant du suffrage universel ne peut engendrer que faiblesse et médiocrité, "une société républicaine est aussi faible qu'un corps d'armée qui nommerait ses officiers" (56).

La Réforme intellectuelle et morale constitue le plus virulent plaidoyer anti-républicain de ses œuvres. De plus, les échecs que connurent tous les régimes politiques depuis la révolution le rendent pessimiste" (57). L'expérience montre que la république engendre logiquement le césarisme le quel, fondé sur le même principe, ne peut engendrer que les mêmes effets.

Le césarisme moderne de Napoléon porte en lui le germe de sa propre destruction le rendant plus faible encore que son homologue antique (58) car basé sur une contradiction : "le souverain investi par plébiscite de la plénitude des droits populaires peut-il être parlementaire ?" (59).

Révolution pour la démocratie, république par la démocratie, césarisme par la république, puis de nouveau révolution. Comment Renan pouvait-il douter de ses convictions, lorsqu'au lendemain de l'installation du gouvernement provisoire de M. Thiers éclatèrent les premières émeutes de la Commune.

II - LE RALLIEMENT FORMEL A LA RÉPUBLIQUE

A - LES PRÉFÉRENCES RENANIENNES

L'année 1871 semble donner raison à Renan. C'est la dixième fois, si l'on excepte les Cent Jours, qu'un régime s'écroule depuis 1789. La révolution a tout désagrégé martelait-il depuis des années.

Entre la Prusse victorieuse et la France défaite, aucun doute possible, chacun puise dans son histoire les raisons de son succès ou les causes de son désastre. La Prusse, vaincue et humiliée par la France après Iéna, a su mûrir

(53) *ibid.*

(54) "C'est le contraire de l'idée du Moyen-Age selon laquelle un pacte valait d'autant plus qu'il était le plus ancien", *La monarchie constitutionnelle*, op. cit. p. 518.

(55) *ibid.* pp. 518-519.

(56) *La réforme intellectuelle et morale*, op. cit. p. 379.

(57) "Presque toutes les nations qui ont un fait exceptionnel dans leur histoire, expient ce fait par de longues souffrances et souvent le paient de leur existence nationale", *La monarchie constitutionnelle en France*, op. cit. p. 479.

(58) "Le césarisme romain fut à l'origine un despotisme entouré de fictions républicaines : le despotisme tua les fictions ; chez nous, au contraire, les fictions ont tué le despotisme", *ibid.* p. 501.

(59) *ibid.* p. 502.

sa revanche dans l'humilité, avec une rigueur et une discipline toute germanique. Alors la défaite, une surprise ? Pas du tout..." ce qui reste encore d'esprit militaire dans le monde est un fait germanique..." (60).

La Réforme intellectuelle et morale est long éloge des qualités germaniques contraires des nôtres et l'on croit, en écoutant Renan, entendre ces Cassandres, trop rares, annonçant l'imminence du péril lors des années trente.

"Pendant que nous descendions, insouciant, la pente d'un matérialisme inintelligent ou d'une philosophie trop généreuse, laissant presque se perdre tout souvenir d'esprit national (...) un tout autre esprit, le vieil esprit de ce que nous appelons l'ancien régime, vivait en Prusse..." (61). D'une manière générale, on retrouve la foi de Renan en la supériorité des nations protestantes (62). La conclusion s'impose alors d'elle-même : réformer la France sur le modèle prussien d'éducation, de morale, d'esprit de corps...

Quel est alors le régime apte à nous réformer ? Sans aucun doute une monarchie constitutionnelle et certainement pas une république : "Si je croyais la république capable d'opérer une régénération de la nation je serais républicain. Mais je ne crois pas car il faut une somme de raison qui n'émanera jamais du suffrage universel" (63).

Le salut passe par la création d'une nouvelle noblesse, surtout intellectuelle, nécessitant la réforme du système éducatif, octroyant une liberté de pensée et d'expression accrue. D'une manière générale, l'enseignement scientifique doit être revalorisé au détriment des lettres. Des universités, il veut faire des pépinières d'aristocrates (64) au travers de ce que Laudyce Rétat appelle "sa frénésie à installer, face au peuple réduit à sa négativité, la science comme valeur aristocratique" (65). Il faut en arriver à un système d'universités autonomes, rivales, indépendantes du clergé pour promouvoir la communauté d'esprit (66) que sont impropres à assurer ce qu'il appelle les "écoles spéciales" (Polytechnique, Normale...)

Mais qu'en est-il des institutions qui pourraient mettre en œuvre cette réforme intellectuelle et morale ? A ce propos Renan ne laisse aucun doute : "Je crois plus que jamais que la république ne nous tirera jamais du gâchis, de la faiblesse, de l'indiscipline" (67). Ceci dit, la question du régime, même reportée, laisse augurer une période de tergiversations politiques peu propices au calme et à la sérénité auxquels aspire le penseur.

Renan incline pour la solution orléaniste, représentant le moins mal, à ses yeux, la garantie d'une monarchie constitutionnelle stable et sur la base de laquelle on pourrait fonder une sérieuse tentative de réformation.

(60) *La réforme intellectuelle et morale*, op. cit. p. 349.

(61) *La réforme intellectuelle et morale*, op. cit. p. 364.

(62) "Si la France n'avait pas entraîné le Languedoc et la Provence dans son cercle d'activité, nous serions sérieux, actifs, protestants et parlementaires", *ibid.* p. 349.

(63) Lettre au Docteur Suquet du 12 Mars 1871, in. *Correspondance*, op. cit. p. 556.

(64) "...ils ne voudraient pas être les interprètes des pensées superficielles de la foule", *La réforme intellectuelle et morale*, op. cit. p. 397.

(65) Laudyce Rétat, *Renan et les problèmes de l'enseignement supérieur*, Revue Commentaire, n° 27, Automne 1984, p. 543.

(66) *La réforme intellectuelle et morale*, op. cit. p. 396.

(67) Et il poursuit : "On ne se discipline pas soi-même; des enfants mis ensemble sans magister ne s'éduqueront pas. S'il ne s'agissait que de l'honneur national, chose bien grave cependant pour la France, je me résignerais encore; mais ce qui nous a amené à cet état de faiblesse militaire nous menace au dernier degré de la civilisation, et même à la débilité intellectuelle", Lettre du 26 Février (1871), in. *Correspondance Renan/Berthelot*, op. cit. p. 397.

"Je vous avoue -écrit-il à Berthelot- que j'incline pour les Orléans, si on peut créer pour eux un appui énergique, national et éclairé" (68). Son profond sentiment patriotique le pousse à adjurer son ami de ne pas s'exiler en Angleterre : "Plus notre patrie est malheureuse plus nous devons nous interdire de la quitter (...) en la quittant, nous la fraudons de l'avance de capital qu'elle a faite pour nous, même quand nous avons plus d'un grief légitime à formuler contre elle. Nous ne pouvons la quitter que si elle nous chasse, si elle nous empêche de déployer librement notre activité intellectuelle, ou si elle nous laisse tout à fait mourir de faim. Or nous n'en sommes pas là" (69).

Doit-on discerner en cette exhortation une certaine foi en l'avenir ? Une foi, peut-être pas, mais le temps des doutes, des incertitudes s'est instauré. Sa correspondance est à cet égard très révélatrice. Ainsi, il commence à admettre la possibilité d'une république, même s'il rejette toujours l'idée qu'elle puisse constituer la solution du problème.

"Si la France en trait dans une ère politique sans idée de revanche la république serait possible. Mais la France voudra des revanches, elle ne pourra les avoir avec un gouvernement mou" (70).

Quelques mois plus tard il confie à un ami : "Je ne crois pas que des réformes soient possibles sans la monarchie. L'hypothèse d'une république médiocre, incolore, fondue avec l'orléanisme serait peut-être celle qui a le plus de chance" (71). Mais les légitimistes et les orléanistes étaient envasés dans leurs contradictions, cheveu-légers et monarchistes parlementaires n'ayant pas plus de chance de trouver un accord que les convictions profondes du comte de Chambord n'en laissaient espérer (72). Enervé par les intrigues monarchistes, Renan commença à douter de l'intérêt d'une restauration eu égard aux sinistres présages que constituaient, selon lui, les positions exprimées par l'héritier au trône de France : "...je préfère la république à une monarchie sans garanties sérieuses..." (73).

"Il est indubitable que le règne d'Henri V serait le règne du fanatisme et de l'ineptie. Impossible de s'y prêter ni directement, ni indirectement, quels que soient les dangers de la république, et quelque chance qu'il y ait que la république ramène le prince impérial dans quelques années" (74).

Son sentiment envers l'idée républicaine semble avoir considérablement évolué lorsqu'il confie ses craintes au docteur Gaillardot : "Il est possible que nous allons traverser une dictature MacMahon, de Broglie, une

(68) *ibid.* p. 398.

(69) *ibid.* p. 404.

(70) Lettre au docteur Suquet du 17 Juillet 1871, in *Correspondance*, op. cit. p. 570.

(71) Lettre à Sir Mountstuart Grant Duff du 1er Novembre 1871, *ibid.* p. 582.

(72) "Je ne veux pas que mon cercueil serve de pont aux Orléans...-ce serait- une royauté élective fondée sur la souveraineté du peuple, garante des autres conquêtes de la révolution et subordonnée au parlementarisme", J.P. Garnier, *Le drapeau blanc (1871-1873)*, Paris, Perrin, 1971.

(73) "Vous savez que j'ai toujours préféré la monarchie constitutionnelle à la république, mais je préfère la république à une monarchie sans garanties sérieuses, que dis-je ? Une monarchie dont le futur caractère n'est que trop indiqué par les actes et par toutes les paroles du prétendant", Lettre à M.Amori du 19 Octobre 1873, in *Correspondance*, op. cit. p. ???.

N.B. : L'utilisation du terme "prétendant" par Renan est fautive dans son fondement juridique. Le comte de Chambord n'est pas un prétendant car il ne prétend à rien. En effet, en vertu des lois fondamentales du royaume il est roi de France et est, par la même, dépositaire d'un droit qu'il ne possède pas.

(74) Lettre à Berthelot du 5 Septembre 1873. in *Correspondance Renan/Berthelot*, op. cit. p. 438.

dictature de généraux vaincus (...) mais le parti républicain est si maladroît que je crains qu'il ne perde les dernières cartes qui lui restent. Puissé-je être trop pessimiste" (75). La crise du 16 Mai 1877 (76) achève de dégoûter Renan des intrigues orléanistes et de l'idée même d'une restauration monarchique. Alors qu'il envisage un moment de se présenter aux élections sénatoriales dans les Bouches du Rhône sa position s'éclaircit enfin : "...La république est venue sans que j'ai contribué à la fonder. La république est, à l'heure qu'il est, le seul gouvernement possible ; je mettrai à son service la même loyauté que celle que j'avais mise au service de la monarchie constitutionnelle..." (77).

B - UNE ADHÉSION PAR DÉPIT

a) Caliban

Les *Drames philosophiques* rédigés de 1878 à 1886 sont le symbole de ce qu'il est de bon ton de considérer comme le ralliement de Renan à la république. Au travers des quatre pièces qui composent ces drames, (*Caliban, L'eau de jouvence, L'abbesse de Jouarre, Le prêtre de Nemi*) Renan traduit sous une forme théâtrale l'expression de l'évolution de ses convictions politiques, même s'il s'en défend (78).

De ces drames, Caliban est le plus significatif et Renan y met en scène trois personnages. Le premier d'entre eux, Prospero, est le duc de Milan en charge du gouvernement de la ville ; il représente également le dépositaire du savoir. Le second personnage, Ariel, pur esprit, "concrétise" l'idéalisme ; Caliban, "être informe, à peine dégrossi, en voie de devenir homme," constitue le troisième personnage, et on le moindré, de ce drame (79). Il représente le peuple et, surtout, l'humanité en général.

"J'ai voulu montrer, nous dit Renan, ces trois types agissant dans quelque combinaison adaptée aux idées de notre temps" (80). Caliban est l'esclave de Prospero. La jalousie et l'envie, l'esprit de révolte et la haine de Prospero constituent les principaux attributs de Caliban (81) qui, pourtant, lui doit la faculté d'être éduqué, de pouvoir s'exprimer ; ceci représentant parfaitement le rôle civilisateur attribué par Renan à l'aristocratie.

Ceci dit, comme en 1789, des effets pervers peuvent en découler ; ainsi Caliban à Ariel : "Tout effort pour élever aune autre personne se tourne contre l'éducateur. Chacun selon sa force (...) maudire est ma nature, je ne peux me retenir d'insulter. Me donner le langage c'était m'armer pour cela...c'est plus fort que moi, je ne peux m'empêcher de maudire" (82). La

(75) Lettre au Docteur Gaillardot du 26 Juillet 1874, in. *Correspondance*, op. cit. p. 658.

(76) "Il ne faut y voir que le rêve de personnes obstinées, à qui leurs principes arrêtés enlèvent toute vue claire de la réalité et de la possibilité, ces deux pôles uniques sur lesquels la politique doit se guider", *Préface aux Mélanges d'histoire et de voyages*, O.C. T.II, p. 312.

(77) Lettre au Docteur Rébitté, in. *Correspondance*, op. cit. p. 775.

(78) "Cher lecteur, voyez dans le jeu qui va suivre un divertissement d'idéologue, non une théorie, une fantaisie d'imagination, non une thèse de politique", Caliban, *Avertissement au lecteur*, in. *Drames philosophiques*, O.C. T.III, p. 377.

(79) *ibid.*

(80) *Drames philosophiques*, *Avertissement*, op. cit. O.C. T.III, p. 377.

(81) Qualificatifs récurrents de la démocratie chez Renan.

(82) *Drames philosophiques*, op. cit. p. 383.

révolte gronde en lui (83) contre Prospero mais, comme le note Keith O'Gore, si Caliban, le peuple, possède assez de savoir pour se révolter, il n'a pas encore assez appris pour gouverner (84).

Les relations entre Prospero-Renan et Ariel sont à rapprocher de celles existant, dans la pensée renanienne, entre l'aristocratie et l'idéal. L'aristocratie n'existe que pour tendre ou permettre de tendre à l'idéal, lequel n'a de raison d'être que par l'aristocratie (85).

Mais l'inévitable se produit, le peuple se révolte, place Caliban à sa tête, et celui-ci se retrouve sur le trône de Prospero renversé. Renan en profite pour fustiger les idéaux du peuple et l'on retrouve la critique du triptyque républicain : liberté, égalité, fraternité (86) au travers de l'évidente dérision des propos tenus par les révoltés : "Courage Caliban! Décrète le bonheur de tous" (87).

La guerre aux livres représente le plus sûr moyen d'éviter toute tentative de contre révolution, car ils représentent le vrai pouvoir, celui de la science, et ceci, le peuple l'a bien compris (88). Mais c'est une fois Caliban sur le trône que se produit le grand changement. Loin de poursuivre l'hystérie qui l'avait propulsé au sommet, celui-ci se métamorphose. Le pouvoir produit chez lui un effet de tempérance et, agacé par les perpétuelles demandes du peuple, il envisage son ancien maître, Prospero, d'un œil moins mesquin.

"Mais maintenant que je couche dans son lit, je le juge comme on se juge entre confrères. Il avait du bon et, en beaucoup de choses, je suis disposé à l'imiter. Quoi de plus odieux, par exemple, que ces inopportunes impatiences du peuple, ce défilé de pétitions impossibles dont ils viennent de m'accabler" (89). Suivent une série de déclarations rassurantes sur le respect de la propriété, la promotion de l'art et des hommes de lettres... Caliban se sent soudain investi de la mission de Prospero : faire le bonheur de l'humanité, aspirer à l'idéal. Il murmure même : "ce n'est pas lui qui était destiné à le faire. Si par hasard c'était moi..." (90). Ainsi Prospero, sur proposition de Caliban, ayant choisi de continuer ses travaux scientifiques de préférence à l'exil, trouva-t-il en son ancien esclave son nouveau protecteur. En échange de son soutien, Caliban protège même Prospero contre l'Inquisition qui voulait le poursuivre en raison de la nature de ses travaux. Car la religion (ne vient-on pas de proclamer de dogme de l'infailibilité du pape) constitue, au même titre que l'ignorance, l'obstacle majeur à la progression de la science.

(83) "Ahl coquin de Prospero, tu verras s'il est permis de réduire comme cela en vasselage les fils de la terre!", *ibid.*

(84) Keith O'Gore, *L'idée de progrès dans la pensée de Renan*, op. cit.

(85) Ariel : "C'est par vous que j'existe et j'aime ce que vous faites".

Prospero : "Ce que je fais mon grand ami, je l'ignore moi-même ; mais je suis sûr d'être l'instrument d'une volonté qui te cherche", *Caliban* op. cit. p. 386.

(86) Homme du peuple : "je ne vois pas bien comment, si tous sont égaux, on sera libre. Les forts réclameront leur part. Qui les contiendra ?" ;

Autre : "Le peuple au nom de la fraternité" ;

Autre : "Et ceux qui ne voudront pas de la fraternité ?" ; Autre : "La mort", *ibid.* p. 410.

(87) *ibid.* p. 408.

(88) Caliban : "Donc ,avant tout, prenez-lui ses livres. Là est le secret de sa force. C'est par là qu'il règne sur les esprits", *ibid.* p. 408.

(89) *ibid.* p. 413.

(90) *ibid.* p. 414.

Ceci dit, le "Ma foi, vive Caliban", que prononce alors Prospero, représente bien le ralliement de Renan à la République. Comme Caliban a rendu à Prospero sa liberté de penseur, la république redonne à la science sa liberté en replaçant Renan dans sa chaire au collège de France (91).

Faut-il alors réduire l'adhésion de Renan à la république à la seule reconnaissance de ses talents par les républicains ? (Jules Simon en l'occurrence) Il ne le semble pas si l'on observe que Caliban, la démocratie, s'avère capable de progrès. En effet, protecteur des arts et des lettres, il assure au savant la protection et la liberté nécessaire à la continuation de son œuvre au service du progrès. L'octroi de la liberté de la presse en 1881 par la III^e république viendra renforcer ce sentiment.

Si la démocratie est assez mûre pour reconnaître ses mérites, est-ce pour autant que Renan réitère intégralement son idée originelle de perfectibilité du peuple ? Il est permis d'en douter au regard des circonstances qui entourent son adhésion et au vu des réticences qu'il conservera de manière permanente dans les dernières années.

b) Les réticences

Dès 1873, il était impossible, pour Renan, de se prêter à un rétablissement d'Henri V sur le trône, quels qu'aient été les dangers de la république (92). Ainsi, mieux valait la république qu'un régime clérical, donc inquisitorial, négateur de la liberté de la science.

D'autre part, la crise du 16 Mai 1877, et la campagne électorale qui s'en suivit, acheva de ruiner le peu de foi que Renan gardait en l'avènement de la monarchie constitutionnelle de ses souhaits. François Goguel précise que les moyens utilisés par de Broglie pour emporter les élections qui suivirent furent de toute nature (93). Renan y crut revoir les procédés qu'il dénonçait depuis 1852, notamment ceux relatifs aux usages qui furent employés lorsqu'il s'était présenté aux élections législatives de 1869. D'Italie, il écrit à Berthelot pour fustiger la politique des ducs : "...les procédés inouïs de M. de Fourtou et des magistrats de M. de Broglie paraissent des procédés de Peaux-Rouges, devenus par surprise les maîtres de la politique de pays civilisés. Jamais, même en 1871, je n'avais parcouru l'étranger avec le sentiment d'une pareille humiliation pour mon pays" (94).

Le résultat des élections du 14 Octobre 1877, malgré tout favorable aux républicains, achève de la convaincre : "La république est désormais le seul gouvernement possible" (95). Dans le même temps, Taine évolue, avec résignation, vers une république modérée, non sans tempérer ses critiques à l'égard du radicalisme et du socialisme (96). La résignation constitue bien le

(91) G. la Ferla, *Renan politico*, op. cit. p. 257.

(92) Lettre du 3 Septembre 1873, in. *Correspondance Renan/Berthelot*, op. cit. p. 438.

(93) M. Goguel précise que les moyens utilisés par de Broglie pour emporter les élections furent de toute nature : "Pression administrative, poursuites judiciaires, candidatures officielles en tout genre (...) encouragements et facilités accordés aux colporteurs de tracts et de journaux conservateurs...", F. Goguel, *La politique des paris sous la III^e République*, Seuil, Paris, 1946.

(94) Lettre du 5 Septembre 1877, *Correspondance Renan/Berthelot*, op. cit. p. 461.

(95) Lettre à la Princesse Julie du 22 Octobre 1877, in. *Correspondance*, op. cit. p. 744.

(96) Eric Gasparini, *Hyppolite Taine et l'État républicain 1870-1893*. in. *Actes du colloque de Milan*, A.F.H.I.P., P.U.A.M., 1990, p. 254.

trait commun de l'attitude des deux maîtres. Celle-ci n'est cependant pas exclusive d'une évolution plus positive de Renan à l'égard du personnel républicain à défaut d'en approuver tous les choix politiques (97). En effet, si en 1869 son opinion sur Gambetta pouvait se résumer à la qualification de "fou furieux" qu'en donnera Thiers (98), on peut noter une remarquable évolution dans les années postérieures, à défaut toujours d'une approbation tous azimuts des politiques de conjoncture républicaines (99).

"Il peut rendre de grands services, mais s'il sait se renfermer dans des cadres ordinaires, à la manière de Ferry. Pour moi, il m'est très sympathique" (100). On sera d'autant plus convaincu que la république ou la démocratie ne peuvent correspondre à ses convictions profondes, lorsque l'on aura observé que son pessimisme le pousse à mettre en exergue les germes de destruction minant la Prusse qu'il a pourtant adulée. Déjà en 1871, il s'interroge sur les conséquences du virus gangrénant la France : "Jusqu'à quel point cet esprit de révolte, qui n'est autre chose que la démocratie socialiste, envahira-t-il les pays germaniques à leur tour ?" (101).

Encore, en 1878, Renan est persuadé que l'Allemagne périra par la démocratie (102), parce que celle-ci, fera s'effondrer le système bismarckien (103). Même si son patriotisme le lui fait certainement souhaiter (104), il demeure néanmoins difficile d'y voir la preuve d'une adhésion aux idéaux démocratiques. Ceci ne fut cependant pas exclusif de la victoire d'un aspect plus pragmatique du penseur, le poussant à adhérer à un régime de forme républicaine au détriment de sa "foi" anti-démocrate.

Il décrit son cheminement intellectuel lors d'un discours à l'association des étudiants en 1886 : "Je suis par essence légitimiste... Si la république venait jamais à tomber (ce qu'à Dieu ne plaise), voyez quel serait mon sort. Moi qui ne suis pas républicain a priori, qui suis un simple libéral, s'accommodant volontiers d'une bonne monarchie constitutionnelle, je serais plus fidèle à la république que les républicains de la veille. Je porterais le deuil du régime que je n'ai pas contribué à fonder..." (105). Puis il poursuit plus loin par cet aveu lourd de conséquences "...Il me faut une dizaine d'années pour que je m'habitue à regarder un gouvernement comme légitime"

(97) cf. l'étude de M. Agulhon in. *Études renaniennes*, n° 60, 2e trimestre 1985, pp. 6-8.

(98) "Gambetta et Ferry se sont fait nommer en promettant des violences, de l'action. Ils ont le choix entre une totale déconfiture ou un casse-cou... Quand je dis que la gauche exaltée va à une révolution, j'entends qu'elle la tentera."

Lettre à Berthelot du 1er Novembre 1869, in. *Correspondance Renan/Berthelot*, op. cit. p. 353-354.

(99) Ainsi en 1881, Renan, inquiet, attend le résultat des élections législatives : "...quelle méconnaissance complète de l'état du monde, des conditions des sociétés humaines, de la moyenne que comporte le pays pris dans son ensemble ! Gambetta me paraît tout à fait faire fausse route. Non le radicalisme ne sera jamais la majorité d'une assemblée : mais à combien de faute on pourra se laisser entraîner par faiblesse et complaisance pour lui."

Lettre à Berthelot du 12 Août 1881, in. *Correspondance Renan/Berthelot*, op. cit. p. 498.

(100) Lettre à Berthelot du 2 Septembre 1881, *ibid.* p. 500.

(101) *La réforme intellectuelle et morale*, op. cit. p. 403.

(102) Lettre à Berthelot du 4 Décembre 1878, in. *Correspondance Renan/Berthelot*, op. cit. p. 471.

(103) Lettre à Berthelot du 28 Septembre 1879. *ibid.* p. 483.

(104) Renan craint beaucoup une intervention de la Prusse en cas d'instauration ou de radicalisation du régime républicain en France.

(105) Discours à l'association des étudiants du 15 Mai 1886, in. *Discours et conférences*, O.C. T.I, p. 866.

(106). Affirmation à rapprocher de ce qu'il écrivait à sa soeur Henriette : "Les formes politiques sont pour moi chose assez secondaire" (107).

Cet élément, loin de relativiser l'intérêt de cette étude sur son sentiment au regard de l'idée républicaine, nous renforce dans la conviction que l'adhésion de Renan à la république fut purement circonstancielle et formelle. Le fond est celui d'un parti de l'ordre, de la conservation et du progrès idéalisé, générateur d'une forme politique à laquelle la république ne correspondit que par défaut.

Dans le même sens, en 1890, à la veille de publier enfin son *Avenir de la science*, il réaffirme sa préférence, sa foi, dans les idéaux nobles de l'humanité (108), ce qui laisse peu de place, il est vrai, aux considérations relatives aux formes contingentes de gouvernement.

CONCLUSION

Renan anti-démocrate ou Renan républicain ?

Ces deux antithèses apparaissent en réalité conciliables et, c'est une étrange mais admissible conséquence du discours renanien. La démocratie, la république, ne sont assurément pas le moyen d'atteindre la perfection, mais, on l'a vu, la démocratie pourrait être envisageable dans un système où l'individu serait parfait, car alors la jalousie et l'envie, qui constituent le fondement de la démocratie, n'auraient plus de raison d'être. C'est pourquoi la démocratie n'est pas le moyen, ni le but, elle se situe au-delà du but. L'atteindre, elle n'en est pas capable et seuls, des gens comme Renan, peuvent l'y amener.

"Démocratie, toi dont le dogme fondamental est que tout bien vient du peuple, et que, partout où il n'y a pas de peuple pour nourrir et inspirer le génie, il n'y a rien, apprend nous à extraire le diamant des foules impures" (109).

(106) *ibid.*

(107) Lettre à Henriette Renan du 1er Juillet 1848, in *Lettres de famille*, op. cit. p. 1089.

(108) "Pour nous autres idéalistes, une seule doctrine est vraie, la doctrine transcendante selon laquelle le but de l'humanité est la constitution d'une conscience supérieure, ou, comme on disait autrefois, la plus grande gloire de Dieu; mais cette doctrine ne saurait servir de base à une politique applicable. Un tel objectif doit, au contraire, être sagement dissimulé. Les hommes se révolteraient s'ils se savaient ainsi exploités", *Préface à l'avenir de la science* (1890), op. cit. p. 725.

(109) Prière sur l'Acropole in *Souvenirs d'enfance et de jeunesse*, O.C. T.II, p. 757.

R.R.J. 1991-2

Pages 439 à 488

- V -

COMMENTAIRES D'ARRÊTS

**LE CONSEIL D'ÉTAT ET L'INTERPRÉTATION
DES TRAITÉS INTERNATIONAUX**

**UNE NOUVELLE OUVERTURE SUR
LE DROIT INTERNATIONAL**

NOTE

SOUS CONSEIL D'ÉTAT, ASSEMBLÉE ;

29 JUIN 1990

G.I.S.T.I.

**(Groupement d'Information et de Soutien des Travailleurs
Immigrés)**

Par

Richard GHEVONTIAN

*Maître de Conférences à l'Université de Droit, d'Économie et des Sciences
d'Aix-Marseille*

Qui pourrait encore, aujourd'hui, sérieusement prétendre que le Conseil d'État est une juridiction qui campe solidement sur d'archaïques positions nationalistes ?

Décision après décision, la Haute Juridiction s'ouvre solennellement au Droit International et en accepte peu à peu toutes les conséquences et toutes les sujétions sur notre Droit Interne.

Neuf mois après l'arrêt Nicolo (1) qui consacrait avec éclat et sans restriction la primauté de la norme internationale sur la norme interne, le Conseil d'État réuni en Assemblée du contentieux a franchi un pas supplémentaire en revenant sur sa jurisprudence traditionnelle relative à l'interprétation des traités internationaux.

Alors que, jusque-là, la Haute Juridiction avait toujours voulu préserver les intérêts de l'Administration française dans la mise en œuvre de ses obligations internationales, elle adopte une position plus objective et plus équilibrée en reconnaissant implicitement que l'interprétation d'un accord international donné par le ministre des Affaires Étrangères ne s'impose pas forcément à elle.

L'occasion de ce revirement de jurisprudence lui a été donnée par le recours intenté par le Groupe d'Information et de Soutien des Travailleurs Immigrés (G.I.S.T.I) contre une circulaire du ministre de l'Intérieur du 14 mars 1986 relative aux conditions d'emploi et de séjour en France des ressortissants algériens et de leur famille.

A l'appui de sa requête, le Groupe invoquait diverses violations de l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968, modifié par un avenant du 22 décembre 1985.

Parmi les moyens soulevés, la question majeure concernait la disposition de la circulaire selon laquelle "les membres de la famille susceptibles de bénéficier du regroupement familial" doivent s'entendre, notamment, des "enfants mineurs de dix-huit ans".

Or l'avenant de 1985 (2) se bornait à viser les "enfants mineurs". Pour les requérants, cette formule devait s'entendre au sens du Droit algérien, c'est-à-dire moins de 19 ans pour les hommes et moins de 21 ans pour les femmes. Ils estimaient donc que sur ce point essentiel, la circulaire avait ajouté au droit existant.

Au contraire, selon l'État français, la disposition contestée se référait bien à la majorité telle qu'elle est définie par le droit positif français.

Le problème se ramenait donc à une difficulté d'interprétation d'une clause de l'avenant à l'accord franco-algérien.

Dans le cadre de l'instruction, le Conseil d'État demandait alors au ministre des Affaires Étrangères de donner son interprétation de la disposition litigieuse (3).

L'association requérante contestait cette interprétation et demandait à la Haute Juridiction de ne pas se sentir liée par elle. Dans ses longues et précises conclusions, le Commissaire du Gouvernement, Monsieur Abraham, donne partiellement raison à la requérante.

(1) Conseil d'État, Assemblée, 20 octobre 1989, Nicolo, Rec. p. 190.

(2) La précision résulte d'un protocole annexé à l'avenant.

(3) Le Conseil d'État n'a pas procédé ici par la voie du renvoi préjudiciel. cf. infra.

Sur le principe, il ne lui paraît plus possible de maintenir la dépendance totale du juge à l'égard de la position ministérielle. Mais en ce qui concerne le cas d'espèce, il recommande de donner raison à l'Administration et de trancher en faveur de la parfaite conformité de la circulaire à l'avenant.

Le Conseil d'État adopte une position identique et conformément à une méthode qui lui est chère, opère un capital revirement de jurisprudence par une formule elliptique.

En faisant entrer l'interprétation du ministre des Affaires Étrangères dans l'ensemble des "pièces du dossier", il la ramène à un simple élément d'appréciation lui permettant de se faire sa propre idée de la disposition litigieuse. Du même coup le Conseil d'État met fin à une jurisprudence vieille de près de 170 ans.

I - LA JURISPRUDENCE TRADITIONNELLE.

Depuis 1823 (4), en effet, le juge administratif français s'est toujours refusé à interpréter lui-même les conventions internationales. Même si, au fil du temps, cette jurisprudence a évolué et a même connu quelques atténuations, sa justification paraissait de plus en plus critiquable parce que de moins en moins adaptée.

A - ÉVOLUTION ET ATTÉNUATION DE LA JURISPRUDENCE TRADITIONNELLE

Dans la première phase de sa jurisprudence, le Conseil d'État s'en tenait à une position purement négative. Pour lui, en effet, "les questions auxquelles peut donner lieu l'interprétation (d'un traité) ne peuvent être portées devant (lui) par la voie contentieuse" (5). Dans ces conditions, confrontée à un tel problème, la Haute Juridiction déclarait purement et simplement la requête irrecevable.

Cette position intransigeante du Conseil d'État faisait ainsi entrer de tels litiges dans la catégorie hétéroclite des actes de gouvernement (6). Cependant, pendant cette période, sans respecter sa propre jurisprudence, l'Assemblée du Palais-Royal n'hésita pas, à plusieurs reprises, à interpréter directement certaines clauses d'un traité pourtant, à l'évidence, fort délicates (7).

Mais ces exceptions, qualifiées d'"insolites" par Charles Rousseau (8) et d'"hérétiques" par le Commissaire du Gouvernement Abraham (9) ne faisaient que confirmer la règle.

(4) C.E. 23 juillet 1823, Vve MURAT Comtesse de Lipona. Rec. p. 359. C.E. 6 août 1823, Corsaire "La Représaille", Rec. p. 395

(5) Cf. arrêts précités.

(6) Cf. Ch. Rousseau, *Droit International Public*, T.1, Sirey 1977, p. 264.

(7) Cf. notamment C.E. 12 juin 1901, Duceaux, 28 février 1913, Chemin de Fer de l'Est. Rec. p. 307 - 14 décembre 1923, Theophilalos. Rec. p. 860, 27 mai 1983, Dankha. Rec. p. 220.

(8) *Opus cité*. p. 265.

(9) Conclusions sous l'arrêt commenté.

Le premier véritable infléchissement de cette jurisprudence très défavorable aux justiciables n'apparaîtra qu'en 1931 à propos d'une affaire concernant l'interprétation du Traité de Versailles (10).

Sans l'appliquer au cas d'espèce, le Conseil d'État pose alors un nouveau principe : celui du renvoi préjudiciel au ministre des Affaires Étrangères pour obtenir son interprétation de la convention internationale.

Mais le caractère plus ouvert et plus équitable de cette nouvelle attitude jurisprudentielle va être quelque peu limité par l'impact de l'interprétation ministérielle sur le juge.

Celui-ci considérant que celle-ci était "authentique" ou "officielle", s'estime alors totalement lié par elle et n'accepte pas qu'on la conteste (11).

Et c'est sans doute pour se forger un espace d'autonomie que le Conseil d'État va procéder à un second infléchissement de sa jurisprudence en appliquant aux traités internationaux la théorie de "l'acte clair". Partant du principe que ce qui est clair ne donne pas lieu à interprétation, la Haute Juridiction accepte d'appliquer directement dans cette hypothèse, les clauses d'un traité pour résoudre un litige.

Le Conseil d'État utilisera avec beaucoup d'astuce et d'ingéniosité cette technique lorsqu'il voudra ainsi éviter de s'en remettre au point de vue du gouvernement ... ou d'un juge international. C'est ainsi que durant plusieurs années, il évitera, comme le prévoit pourtant l'article 177 du Traité de Rome, de renvoyer à titre préjudiciel l'interprétation d'une clause d'un traité communautaire à la Cour de Justice des Communautés Européennes dont le caractère supranational n'était guère en harmonie avec sa jurisprudence constante (12).

Cette jurisprudence traditionnelle du Conseil d'État français, très favorable somme toute aux intérêts publics nationaux, ne manquait sans doute pas de justification. Mais celle-ci était de plus en plus critiquée.

B - JUSTIFICATIONS ET CRITIQUES

Les justifications de la position ancienne du Conseil d'État sont multiples.

La première, la plus générale, concernait sans aucun doute la politique jurisprudentielle du Conseil d'État. La Haute Juridiction n'a jamais voulu s'immiscer dans le domaine des relations internationales dont il a toujours considéré les actes s'y rattachant comme des "actes de gouvernement".

C'est alors l'idée "latente" que l'interprétation d'un traité impliquerait l'incursion du juge administratif dans un domaine qu'il n'estime pas être le sien qui explique cette attitude soumise à l'égard du pouvoir de l'État (13)

La deuxième justification découle de la nature même des conventions internationales.

(10) C.E. Assemblée 03 juillet 1931, *Sieur Karl et Toto Same c/ Ministre des Colonies*, Rec. p. 722, *Sirey* 1932, T.3, p. 129, *Conclusions Ettore*

(11) Cf. par exemple, C.E. 26 janvier 1944, *Sieur Wang Yo Kong*, Rec. p. 30.

(12) Le Conseil d'État se ralliera à cette procédure par un arrêt du 10 juillet 1970, *Syndicat National du Commerce Extérieur des Céréales*, Rec. p. 477.

(13) Sur ce point cf. M. Stassinopoulos, *La jurisprudence française des Traités Internationaux*, R.G.D.I.P. 1969, pp. 5 et s.

Celles-ci nécessitant le concours de plusieurs volontés étatiques, la vision du juge national serait trop limitée et ne permettrait pas de prendre en compte la volonté de toutes les parties. A cet égard, le ministre des Affaires Étrangères paraît bien mieux placé pour consulter l'État ou les États co-contractant.

Enfin, et l'argument a incontestablement de la force, le Conseil d'État a craint que son interprétation ne mette finalement en difficulté l'État français si elle était en contradiction avec celle des autres parties contractantes. En pratique, cela pourrait, en effet, poser de sérieux problèmes, notamment de responsabilité internationale.

On le voit, les justifications données à la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'État ne manquent pas de pertinence. Pourtant, elles ont été de plus en plus critiquées lorsqu'on les met en balance avec les exigences de l'équité. Laisser au ministre des Affaires Étrangères la totale maîtrise de l'interprétation des traités conduit inévitablement à donner dans un procès à l'État défendeur un avantage considérable sur le requérant.

L'État devient tout à la fois juge et partie. Et cela a pu même conduire la Haute Juridiction à faire dépendre sa propre compétence de la réponse qui lui était faite par le ministre (14).

De plus, et sur le fond, on s'aperçoit que dans la plupart des cas, l'interprétation ministérielle est défavorable aux intérêts des requérants (15).

C'est ainsi notamment que s'agissant de l'application des accords d'Évian et de leur incidence sur les Français d'Algérie, le gouvernement français a donné une interprétation de ces accords qui aboutissait à leur refuser toute indemnité émanant de l'État (16).

De la même manière, lorsqu'un litige d'ordre fiscal est subordonné à l'interprétation d'une convention internationale, la version officielle de l'Administration est presque toujours en faveur des intérêts de la puissance publique au détriment de ceux du contribuable (17).

A cet égard, les statistiques sont accablantes. Dans ses conclusions précitées, le Commissaire du Gouvernement Abraham n'a recensé que deux affaires dans lesquelles l'interprétation du ministre était défavorable aux intérêts de l'Administration.

Ce déséquilibre fondamental entre les parties qui résultait de la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'État se heurte, comme le fait observer le Commissaire du Gouvernement, à trois grands principes : le droit à l'exercice d'un recours juridictionnel, l'impartialité du juge, l'indépendance constitutionnelle de la juridiction administrative par rapport à l'autorité gouvernementale.

A l'appui de sa requête, le Groupe d'Information et de Soutien des Travailleurs Immigrés invoquait dans ce même ordre d'idée l'article 6 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (18).

(14) Cf. par exemple C.E. 23 février 1962 Raboto, Rec. p. 118. En l'espèce, l'interprétation d'une convention franco-malgache avait été donnée par le ministre de la coopération. Exceptionnellement, en effet, d'autres membres du gouvernement, spécialement concernés par une affaire, peuvent se substituer au ministre des Affaires Étrangères.

(15) Charles Debbasch, Droit Administratif, 2ème édition, P.U.F Thémis 1986, p. 262

(16) C.E. 31 janvier 1969, Moraly, Rec. p. 50 ; RDP 1969, note Waline p. 986.

(17) M. Chrétien, L'Interprétation des traités bilatéraux sur la double imposition JCP 1960, I, 1561.

(18) "Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial (...)"

L'association requérante estimait que cette disposition devait conduire le Conseil d'État à ne pas se déclarer lié par l'interprétation du ministre des Affaires Étrangères.

Pour sa part, le Commissaire du Gouvernement préférera se référer à la notion "d'égalité des armes", condition nécessaire à un "procès équitable", telle qu'elle a été posée par une décision de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (19).

Dans son arrêt, le Conseil d'État ne consacre aucun développement à cet aspect de la requête et se borne, dans les visas, à citer sans autre précision la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme. Il n'est pas douteux cependant que ces considérations d'équité ont pesé lourd dans la balance.

Mais celles-ci ne sont sans doute pas les seules. La décision du 29 juin 1990 a aussi une très grande portée en ce qui concerne l'attitude générale du juge administratif français au regard du Droit International.

II - PORTÉE DE LA JURISPRUDENCE NOUVELLE

Par-delà la portée immédiate de l'arrêt GISTI qui concerne spécifiquement le problème de l'interprétation des traités internationaux, cette très importante décision s'intègre dans un ensemble beaucoup plus large : celui de la nouvelle attitude du juge administratif français à l'égard du Droit International.

A - EN CE QUI CONCERNE L'INTERPRÉTATION DES TRAITÉS.

Dorénavant, l'interprétation des traités internationaux incombera, comme celle des autres textes juridiques, au juge administratif. La seule exception à cette règle concernera les traités communautaires qui nécessiteront toujours l'intervention, à titre préjudiciel, de la Cour de Justice des Communautés Européennes.

Dans ces conditions, chaque fois que le juge administratif se trouvera confronté dans une instance à une disposition obscure d'un acte international, il aura la possibilité sans recourir à un quelconque artifice de procédure de lui donner sa propre interprétation. Par là même, le renvoi préjudiciel au ministre des Affaires Étrangères ne sera plus nécessaire et seront ainsi évitées les décisions juridictionnelles avant dire droit. Cela signifie-t-il pour autant que le juge puisse totalement se passer de toute intervention ministérielle ?

Sans doute pas.

La place privilégiée du ministre des Affaires Étrangères dans le domaine des relations internationales, son appréciation globale de l'ensemble des paramètres diplomatiques afférant aux traités internationaux font de cette autorité gouvernementale un instrument primordial pour éclairer la lanterne du juge. En toute logique, celui-ci devrait donc continuer à consulter le ministre pour obtenir sa version de l'interprétation d'un texte. Cette consultation, qui n'aura plus un caractère systématique, interviendra donc pendant la phase de l'instruction.

Sur ce dernier point, la nouveauté n'est pas totale, au moins sur le plan de la procédure. Sous l'empire de la jurisprudence traditionnelle, en effet, le juge pouvait solliciter l'interprétation ministérielle au cours de l'instruction.(20).

Ne s'embarassant d'aucun formalisme inutile, le juge administratif a toujours estimé que la seule chose qui comptait dans ce domaine résidait dans l'absence d'équivoque de la réponse fournie. Dès lors que celle-ci exprimait le point de vue du gouvernement français, il importait peu de savoir à quel moment et de quelle manière cette interprétation devait être donnée (21).

Sur la forme, cependant, les choses ont radicalement changé. Désormais l'interprétation du ministre des Affaires Étrangères, lorsqu'elle est sollicitée, ne s'impose plus au juge qui garde toujours le dernier mot pour reprendre l'expression du Commissaire du Gouvernement Abraham. La version donnée par l'Administration n'a plus aucun caractère "officiel" ou "authentique". Elle ne constitue plus que l'un des éléments du dossier, permettant au juge de forger sa propre appréciation.

La nouvelle jurisprudence annoncée par l'arrêt GISTI conduit néanmoins à poser deux séries de questions.

La première concerne l'attitude du juge, la seconde, l'étendue de cette jurisprudence.

S'agissant de l'attitude du juge, il sera intéressant d'observer tout d'abord si celui-ci sera conduit à solliciter l'interprétation ministérielle ou, au contraire, à procéder seul à ce travail d'exégèse.

Faisant de la prospective, le Commissaire de Gouvernement Abraham penche, dans ses conclusions, pour la première solution. Si l'on se place dans cette hypothèse -et "psychologiquement" elle est vraisemblable- il sera très révélateur d'analyser quelle sera l'influence exacte de l'interprétation ministérielle sur l'interprétation du juge. Si celui-ci se bornait à reprendre systématiquement à son compte la version officielle, cela limiterait alors singulièrement la portée de la nouvelle jurisprudence.

L'arrêt GISTI ne nous apporte, sur ce plan, aucun élément de réponse significatif. Certes le Conseil d'État, en l'espèce, épouse totalement le point de vue ministériel, mais il est rare que la Haute Juridiction pose tout à la fois une nouvelle règle et en tire immédiatement toutes les conséquences pratiques.

Sans trop préjuger de l'avenir on peut avancer cependant qu'il serait pour le moins étrange que le juge administratif se soit résolu à un revirement spectaculaire de sa jurisprudence pour se contenter d'une demi-mesure...

D'autant que celui-ci, comme on va le voir, s'insère dans un ensemble qui dépasse singulièrement la question de l'interprétation des traités. La deuxième série de questions concerne l'étendue de cette nouvelle jurisprudence.

Dans certains cas, le juge se trouve confronté à des difficultés qui ne sont pas de strictes interprétations mais qui lui sont voisines.

C'est ainsi que le Conseil d'État a été amené à s'interroger sur le caractère exact d'un acte juridique : s'agissait-il ou non d'un engagement international ?

(20) C'est d'ailleurs le cas dans la décision commentée.

(21) Cf. par exemple C.E. 4 janvier 1964, Coudino, Rec. p. 4

L'exemple le plus significatif de cet embarras du juge nous est donné par les "accords d'Évian". Pratiquement confronté à ce problème, le Conseil d'État a demandé au ministre de se prononcer sur cette délicate question et il s'est estimé totalement lié par la réponse qui lui a été fournie (22). La Haute Juridiction a procédé de la même manière pour savoir si la condition de "réciprocité" exigée par l'article 55 de notre Constitution était bien remplie.(23).

La jurisprudence GISTI aura-t-elle alors une portée extensive et s'appliquera-t-elle aussi à ces questions ?

Le Commissaire du Gouvernement Abraham semble penser que oui, au moins en ce qui concerne la réciprocité. Ce qui est d'autant plus important que depuis l'arrêt Nicolò, le juge administratif admet de sanctionner de façon effective la suprématie du traité sur toutes les lois, qu'elles lui soient antérieures ou postérieures. On peut pourtant se demander si dans des domaines aussi sensibles et aussi politiques, il sera aisé -et même souhaitable- pour le juge de se dégager complètement de l'opinion officielle du gouvernement français (24).

B - EN CE QUI CONCERNE L'ATTITUDE DU JUGE A L'ÉGARD DU DROIT INTERNATIONAL

L'arrêt GISTI fournit une nouvelle illustration de l'évolution profonde de l'attitude du Conseil d'État à l'égard du Droit International. En se mettant au diapason des autres juridictions étrangères fonctionnant dans le cadre des systèmes juridiques comparables au notre (25), la Haute Juridiction tire une conséquence fondamentale de sa récente jurisprudence Nicolò.

Dès lors, en effet, que l'on assiste depuis plusieurs années au développement considérable du Droit International dans des domaines de plus en plus variés, le nombre de litiges relatifs à l'application de ces engagements s'accroît dans la même proportion.

Ce qui implique nécessairement des problèmes de plus en plus nombreux d'interprétation. Tant que, pour le Conseil d'État, la loi postérieure faisait écran entre l'acte administratif et le traité et empêchait l'application directe de la norme internationale sur la norme interne, ce phénomène était quelque peu masqué. Si l'on y ajoute l'application extensive de la théorie de l'acte clair, c'est finalement peu souvent qu'en pratique, se posait le problème du renvoi préjudiciel au ministre.

L'arrêt Nicolò vient de bouleverser tout cela.

Désormais, et conformément à l'article 55 de la Constitution, la norme administrative interne pourra être, dans tous les cas, confrontée à la norme internationale qui lui est supérieure.

Dans ces conditions, comme le fait remarquer le Commissaire du Gouvernement Abraham "le maintien du principe de la compétence exclusive

(22) C.E. 27 mars 1968, Moraly, Rec. p. 20.5.

(23) C.E. Assemblée 29 mars 1981, Rekhou Rec. p. 219.

(24) Cf. sur ce point B. Genevois, note sous C.E. 20 octobre 1989, Nicolò, RFDA n° 5 sept/oct. 1989, p. 824 et s.

(25) Cf. Louis Favoreu, "Du déni de justice en Droit Public Français" in L.G.D.J 1964, p. 243.

du ministre conduirait (le Conseil d'État) à se dépouiller d'une part croissante de (sa) fonction juridictionnelle (26).

Continuer à faire dépendre d'une autorité gouvernementale l'issue d'un litige par le biais de l'interprétation d'un acte international aurait inévitablement conduit à vider d'une grande partie de sa substance la jurisprudence Nicolo.

Par cette dernière, le Conseil d'État avait ouvert une large brèche sur le Droit International.

Avec l'arrêt GISTI, il se met en route sur la voie nouvelle ainsi tracée.

(26) Cf. conclusions précitées.

ANNEXE

CONSEIL D'ÉTAT
29 juin 1990
(Assemblée)

GROUPE D'INFORMATION ET DE
SOUTIEN DES TRAVAILLEURS IMMIGRÉS
- G.I.S.T.I. -

Le Conseil d'État statuant au contentieux,

Vu la requête, enregistrée le 14 mai 1986 au secrétariat du Contentieux du Conseil d'État, présentée pour le GROUPEMENT D'INFORMATION ET DE SOUTIEN DES TRAVAILLEURS IMMIGRÉS -G.I.S.T.I.-, dont le siège est 46 rue de Montreuil à Paris (75011), représenté par son président, et tendant à ce que le Conseil d'État annule la circulaire du ministre de l'intérieur et de la décentralisation et du ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale en date du 14 mars 1986 relative aux conditions de circulation, d'emploi et de séjour en France des ressortissants algériens et de leur famille ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu l'ordonnance du 2 novembre 1946 ;

Vu le code du travail ;

Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

Vu l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 modifié par l'avenant et le protocole du 22 décembre 1986 ;

Vu l'ordonnance n° 46-1708 du 31 juillet 1946, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1963 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 ;

Après avoir entendu :

- le rapport de M. Errera, Conseiller d'État,

- les observations de la SCP Waquet, Farge, Hazan, avocat du GROUPE D'INFORMATION ET DE SOUTIEN DES TRAVAILLEURS IMMIGRÉS -G.I.S.T.I.-,

- les conclusions de M. Abraham, Commissaire du gouvernement;

Sur les conclusions tendant à l'annulation des 7ème et 10ème alinéas du
paragraphe 2-2-1-2 de la circulaire du 14 mars 1986 :

Considérant que si l'article 7 de la déclaration de principes relative à la coopération économique et financière entre la France et l'Algérie du 19 mars 1962 reconnaît aux ressortissants algériens résidant en France les mêmes droits qu'aux nationaux français à l'exception des droits politiques, les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants algériens en France sont régies par l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 et les conventions qui l'ont modifié ; qu'aux termes de l'article b) dudit accord dans la rédaction issue de son premier avenant du 22 décembre 1985 : "Les ressortissants algériens désireux d'exercer une activité professionnelle salariée reçoivent, après le contrôle médical d'usage et sur présentation d'un contrat de travail visé par les services du ministre chargé des travailleurs immigrés un certificat de résidence valable un an pour toutes professions et toutes régions, renouvelable et portant la mention "salarié" ; cette

mention constitue l'autorisation de travail exigée par la législation française"; qu'en précisant que, pour l'application de cette disposition l'autorisation de travail serait délivrée selon les instructions applicables aux étrangers relevant du régime général et en tenant compte notamment, comme le prévoit l'article R.341-4 du code du travail, de la situation de l'emploi, les auteurs de la circulaire attaquée se sont bornés à interpréter exactement les stipulations de l'accord; que, les dispositions critiquées de la circulaire étant ainsi dépourvues de caractère réglementaire, le GROUPE D'INFORMATION ET DE SOUTIEN DES TRAVAILLEURS IMMIGRÉS n'est pas recevable à en demander l'annulation;

Sur les conclusions tendant à l'annulation du 24ème alinéa du paragraphe 2.2.1.2 relatif aux autorisations provisoires de travail accordées aux étudiants algériens :

Considérant que le protocole annexé au premier avenant à l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 ne comporte, en ce qui concerne les ressortissants algériens admis à séjourner en France comme étudiants, aucune stipulation qui, lorsqu'ils entendent exercer une activité salariée à titre accessoire, en même temps qu'ils poursuivent leurs études, subordonne l'exercice de cette activité à l'autorisation de travail exigée par la législation française; qu'en prévoyant que les étudiants algériens voulant travailler seraient soumis à un régime comportant des autorisations provisoires de travail délivrées dans les conditions fixées par les circulaires des 24 février 1976 et 1er août 1986, lesquelles disposent qu'il sera tenu compte notamment de la situation de l'emploi, et en abrogeant sur ce point la circulaire du 12 mars 1979 qui constatait qu'ils étaient dispensés d'une telle autorisation par l'article 7 de la déclaration de principes du 19 mars 1962, la circulaire a édicté une règle contraire aux conventions internationales applicables aux intéressés; que le GROUPE D'INFORMATION ET DE SOUTIEN DES TRAVAILLEURS IMMIGRÉS est, par suite, recevable et fondé à en demander l'annulation sur ce point;

Sur les conclusions tendant à l'annulation des dispositions du premier alinéa du paragraphe 3.1.1 en tant qu'elles incluent, parmi les membres de la famille susceptibles de bénéficier du regroupement familial, les enfants mineurs de dix-huit ans :

Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 4 de l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968, dans la rédaction résultant du premier avenant audit accord: "Les membres de la famille qui s'établissent en France sont en possession d'un certificat de résidence de même durée de validité que celui de la personne qu'ils rejoignent"; qu'aux termes du premier alinéa du titre II du protocole annexé audit avenant: "Les membres de la famille s'entendent du conjoint d'un ressortissant algérien, de ses enfants mineurs ainsi que des enfants de moins de dix-huit ans dont il a juridiquement la charge en vertu d'une décision de l'autorité judiciaire algérienne"; qu'il ressort des pièces du dossier que les auteurs dudit avenant et du protocole annexé n'ont pas entendu modifier les stipulations antérieurement en vigueur de l'accord du 27 décembre 1968 qui s'appliquaient au conjoint et aux enfants mineurs de moins de dix-huit ans; que, par suite, en indiquant qu'il fallait entendre par enfants mineurs les enfants mineurs de 18 ans, et non ceux de 19 et 21 ans conformément au droit algérien, les auteurs de la circulaire attaquée se sont bornés à interpréter exactement les termes de la convention franco-algérienne; que la circulaire est donc sur ce point dépourvue de caractère réglementaire; que le GROUPE D'INFORMATION ET DE SOUTIEN DES TRAVAILLEURS IMMIGRÉS n'est, par suite, pas recevable à en demander l'annulation;

Sur les conclusions tendant à l'annulation des dispositions du troisième alinéa du paragraphe 2.2. 1.1. et de l'avant-dernier alinéa du paragraphe 2.2.4. de la circulaire attaquée relatives au refus de délivrance d'un certificat de résidence d'un an ou un certificat de résidence de 10 ans si la présence en France de l'intéressé constitue une menace pour l'ordre public :

Considérant qu'aucune disposition de l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 modifié par le premier avenant et le protocole du 22 décembre 1985 ne prive l'administration française du pouvoir qui lui appartient, en application de la réglementation générale relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France, de refuser l'admission au séjour d'un ressortissant algérien en se fondant sur la circonstance que sa présence en France constitue une menace pour l'ordre public ; qu'ainsi, et alors même que l'accord susmentionné ne prévoyait pas une telle possibilité, les auteurs de la circulaire attaquée n'ont édicté sur ce point aucune règle nouvelle dont le GROUPE D'INFORMATION ET DE SOUTIEN DES TRAVAILLEURS IMMIGRÉS serait recevable à contester la légalité ;

Sur les autres dispositions de la circulaire attaquée :

Considérant que si l'association requérante soutient que l'ensemble de la circulaire devrait être annulé en raison de l'incompétence des ministres signataires, elle ne précise pas les dispositions de ladite circulaire, autres que celles précédemment analysées, qui auraient un caractère réglementaire ; qu'elle n'est par suite, pas recevable à demander cette annulation ;

D É C I D E :

Article 1er : Le 24ème alinéa du paragraphe 2.2.1.2. de la circulaire en date du 14 mars 1986 du ministre de l'intérieur et de la décentralisation et du ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale, relatif à la délivrance d'autorisations provisoires de travail aux étudiants algériens, est annulé.

Article 2 : Le surplus des conclusions de la requête du GROUPE D'INFORMATION ET DE SOUTIEN DES TRAVAILLEURS IMMIGRÉS -G.I.S.T.I.- est rejeté.

Article 3 : La présente décision sera notifiée au GROUPE D'INFORMATION ET DE SOUTIEN DES TRAVAILLEURS IMMIGRÉS -G.I.S.T.I.-, au ministre de l'intérieur, au ministre de la solidarité, de la santé et de la protection sociale et au ministre d'État, ministre des affaires étrangères.

**AUDIOVISUEL : UN EXEMPLE DE
CONTRÔLE D'AUTORISATION DELIVRÉE
PAR L'ORGANE DE RÉGULATION À UNE
CHAÎNE PRIVÉE**

NOTE

SOUS CONSEIL D'ÉTAT

9 MAI 1990

**ROUJANSKY ET ASSOCIATION "LA TÉLÉ EST À NOUS"
C/ C.N.C.L.**

REQUÊTES N° 86375 ET 86896 (1)

Par

Alain BOYER

*A.T.E.R à l'Institut International du Droit de l'Audiovisuel
Université d'Aix-Marseille III*

(1) Arrêt reproduit en Annexe.

L'abandon d'un régime de monopole de l'émission au profit d'un régime de concurrence réglementé a entraîné le développement du contentieux audiovisuel qui concerne les juridictions constitutionnelle, administrative et judiciaire (2).

Le présent arrêt s'inscrit dans l'ensemble des décisions juridictionnelles qu'a suscitées la création de la "Cinq" (3). C'est la première espèce dans laquelle le juge administratif est conduit à contrôler la légalité d'une autorisation d'exploiter une chaîne de télévision nationale délivrée par l'organe de régulation de l'audiovisuel.

En janvier 1985, le Premier ministre confia, à M. Bredin, la mission d'examiner dans quelles conditions les moyens de diffusion des programmes de télévision pouvaient être rapidement développés. Le rapport Bredin, rendu public le 20 mai 1985, propose la création de deux chaînes nationales (4).

Le 31 juillet 1985, le secrétaire d'État à la communication annonce la création de deux chaînes multivilles privées (5). Le 2 octobre 1985, le conseil des ministres adopte un projet de loi sur les télévisions privées dont l'examen devant le Parlement débute à la mi-novembre 1985. Le débat porte essentiellement sur l'adoption de l'amendement " Tour Eiffel " dont l'objet est d'établir, au profit de T.D.F, une servitude permettant de placer, sur ce site parisien qui est contrôlé par la mairie de Paris, de nouveaux émetteurs afin de développer les télévisions privées.

L'enjeu politique est évident. En effet, quelques mois plus tard, des élections législatives doivent être organisées. L'opposition ne souhaite pas que le paysage audiovisuel soit bouleversé avant cette échéance.

Le 19 janvier 1985, alors que la discussion de la loi sur les télévisions privées est toujours en discussion devant le Parlement, le gouvernement annonce qu'un contrat de concession pour l'exploitation de la cinquième chaîne a été conclu avec trois personnes physiques agissant pour le compte d'une société anonyme en formation. Cette procédure a fait l'objet de critiques (6) car la loi de 1982, sur le fondement de laquelle le traité de concession a été passé, prévoit que ce dernier ne peut l'être qu'avec une personne morale et après avis de la Haute Autorité. Le gouvernement corrigera quelques mois plus tard les irrégularités qui ont entouré la signature de la concession (7).

Dans le même temps, le Conseil Constitutionnel, saisi par l'opposition de la loi sur les télévisions privées, estima que l'instauration de la servitude n'était pas accompagnée de garanties suffisantes. Le juge constitutionnel déclara cette disposition inconstitutionnelle et détachable de l'ensemble de la loi qui lui était soumise. La loi sur les télévisions privées amputées des dispositions relatives à l'amendement " Tour Eiffel ", est pu-

(2) Ch. Debbasch, "Les grands arrêts de l'audiovisuel" coll. droit public Sirey 1991.

(3) Il convient de noter que la sixième chaîne a fait l'objet d'un contentieux parallèle

(4) J D Bredin, " Les nouvelles télévisions, rapport au premier ministre" Paris, La documentation française 1985 ; pour un résumé de ce rapport, G Ridoux, "La télévision privée : les propositions du rapport Bredin", Revue de l'U.E.R n° 4, Juill.1985, p. 62.

(5) V. Le Monde du 1 er août 1985.

(6) V. Le Monde du 29 novembre 1985, la déclaration prudente de la Haute Autorité sur la procédure de passation du traité de concession suivie en l'espèce.

(7) V. Le Monde du 1er janvier 1986.

blée immédiatement et le 23 décembre 1985 est adoptée une autre loi afin de tenir compte de l'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil Constitutionnel dans la décision 85-198 DC (8).

La bataille juridique va alors se déplacer pour se situer sur le terrain de la juridiction administrative.

Le 13 janvier 1986, la ville de Paris, représenté par son maire en exercice, défère au Conseil d'État le décret n° 85-1373 du 24 décembre 1985 pris pour l'application de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle modifiée par les lois n° 85-1317 du 13 décembre 1985 et n° 85-1361 du 23 décembre 1985. Deux moyens sont invoqués par la ville de Paris:

- le décret viole la loi du 23 décembre 1985,
- le décret viole l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958.

Le Conseil d'État rejette cette argumentation dans une décision fort intéressante dans laquelle le juge administratif a dû appliquer les dispositions constitutionnelles (9).

En effet, pour répondre aux moyens soulevés par le requérant, le juge administratif vérifie deux points:

- le décret est-il ou non pris en application d'une loi,
- les décrets qui ne sont pas pris en application d'une loi, doivent-ils respecter les dispositions constitutionnelles de fond ?

Durant la même période, le Conseil d'État est saisi par la Compagnie Luxembourgeoise de Télévision et d'autres groupements professionnels du traité de concession. La requête soulevait plusieurs moyens. Le Conseil d'État n'a retenu que l'illégalité de l'article 4 du traité de concession relatif aux quotas de films cinématographiques (10).

Le changement de majorité à l'Assemblée Nationale, à la suite des élections législatives de mars 1986, entraîna, pour la "Cinq", sur le fondement de la loi du 30 septembre 1986, l'abandon du régime de la concession de service public au profit de celui de l'autorisation administrative préalable.

Il convient de noter que la résiliation du traité de concession conclu sur le fondement de la loi de 1982- à l'instar de sa passation- ne s'est pas déroulée en toute orthodoxie juridique. En effet, alors que la loi du 30 septembre 1986 est toujours en discussion devant le Parlement, le décret 86-900 du 30 juillet 1986 prononce la résiliation de la concession de la "Cinq". La légalité de ce décret a été contestée devant le Conseil d'État qui, par une décision du 2 février 1987 (11), a renvoyé l'affaire devant le tribunal administratif de Paris. Le même jour, un nouveau décret intervenait afin de prononcer la résiliation de la concession sur le fondement de la loi du 30 septembre 1986.

La Commission Nationale de la Communication et des Libertés, par sa décision 87-12 du 25 février 1987, autorise un groupe, composé à titre

(8) Décision 85-198 DC du 13 décembre 1985 rec 78 ; J Boulouis, A.J.D.A 1986, p. 171 ; J Dufau, J.C.P 1986 I 3237, R Etien, R.A 1985, p. 572 ; L Favoreu, R.D.P 1986, p. 395 ; B Genevois, A.I.J.C 1985, p. 421 et 427 ; P Sablière C.J.E.G 1986, p. 109.

(9) Conseil d'État 9 juillet 1986 ville de Paris, A.J.D.A 1986, p. 595

(10) Conseil d'État Ass. 16 avril 1986 Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et autres rec. 96 ; F Llorens, Dalloz 19 février 1987, p. 97 ; P Delvolvé, F Moderne, "Les arrêts relatifs à la 5ème et à la 6ème chaîne de télévision et la théorie de la concession de service public", R.F.D.A 1987, p. 1.

(11) Conseil d'État Ass. 2 février 1987 Société France 5, R.F.D.A 1987, p. 42.

principal des sociétés de messieurs Hersant et Berlusconi (12), à exploiter la cinquième chaîne de télévision. Cette autorisation comporte trente-six articles et deux annexes. Elle précise l'objet et la durée de l'autorisation ainsi que les obligations de programmation pesant sur le nouvel opérateur. Monsieur Roujansky, le 3 avril 1987, et l'association "La télé est à nous", le 23 avril 1987, demandent que le Conseil d'État annule pour excès de pouvoir la décision 87-12 du 25 février 1987 de la Commission Nationale de la Communication et des Libertés.

Nous devons remarquer que, malgré la réforme de 1989, la solution retenue par le Conseil d'État à propos de cette espèce présente toujours un intérêt en droit positif. En effet, le législateur de 1989 souhaite atténuer le caractère unilatéral des autorisations délivrées aux opérateurs télévisuels. Il prévoit notamment que les obligations de programmation seront contenues dans une "convention", proposée par le nouvel opérateur, dont le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel doit tenir compte lors de la délivrance de l'autorisation. Cette qualification est ambiguë. En effet, l'autorisation est attribuée en fonction de cet engagement. La question qui se pose est de savoir si la loi de 1989 maintient le régime de l'autorisation ou si elle inaugure un glissement vers un système à la fois unilatéral (l'autorisation proprement dite) et contractuel (l'engagement). A notre avis, une telle distinction paraît hasardeuse. L'autorisation n'étant délivrée qu'au vue d'engagement satisfaisant, ces deux actes ne peuvent être distingués. Dès lors, le contrôle réalisé par le Conseil d'État sur une autorisation délivrée dans le cadre du régime de 1986 présente toujours un intérêt en droit positif car il éclaire la position du juge administratif à l'égard de tels actes.

Les requérants soulevaient à l'appui de leurs recours des moyens tant de légalité externe que de légalité interne. Nous examinerons chacun d'eux mais auparavant il conviendra de s'interroger sur la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'État et sur la recevabilité des requêtes.

I - LA COMPÉTENCE EN PREMIER ET DERNIER RESSORT DU CONSEIL D'ÉTAT ET LA RECEVABILITÉ DES REQUÊTES

L'existence, à côté d'un ordre juridictionnel judiciaire, d'un ordre juridictionnel administratif constitutionnellement protégé est affirmée par le Conseil Constitutionnel le 23 janvier 1987 dans la décision n° 86-224 D.C relative au Conseil de la concurrence dans laquelle la haute juridiction précise que les juridictions de l'ordre administratif sont compétentes pour assurer le contrôle des actes comportant utilisation de prérogatives de puissance publique.(13) La délivrance d'une autorisation d'exploiter une chaîne de télévi-

(12) Le capital initial de la société exploitant la "Cinq" est composé de la façon suivante : 25% T.V.E.S (Robert Hersant), 25% Reteitalia (Silvio Berlusconi), 15% Pargeco (Mutualité agricole), 10% Chargeurs S.A (Jérôme Seydoux), 9% Société centrale d'investissement, 5% Les Echos, 5% le Crédit Lyonnais, 3% Télémétropole (Canada), 2% Sofil, 1% Expar.

(13) Décision 86-224 DC du 23 janvier 1987 Conseil de la Concurrence rec 8 ; J. Chevalier, A.J.D.A 1987, p. 315 ; L. Favoreu, R.F.D.A 1987, p. 301 et R.D.P 1989, p. 482, L. Favoreu et L. Philip, "Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel", coll. droit public 5ème éd., Sirey 1989, p. 709 ; Y. Gaudemet, R.D.P. 1987, p. 1341 ; B. Genevois, R.F.D.A 1987, p. 287 et A.L.J.C 1987, p. 600 ; C. Lepage- Jessua, Gaz. Pal. 18-19 mars 1987 ; D. Rousseau, J.C.P. Cah. Dr. Entrep. 25 juin 1987. V. Selinsky, Les Petites Affiches 13 février

sion constitue une mesure de police administrative.(14) A ce titre, il s'agit bien d'un acte comportant utilisation de prérogatives de puissance publique. Dès lors, les juridictions de l'ordre administratif sont compétentes pour exercer le contrôle de la légalité de telles mesures.

La juridiction de droit commun de l'ordre administratif est constitué par les tribunaux administratifs. Toutefois, et à titre exceptionnel, le Conseil d'État est compétent pour statuer, en premier et dernier ressort, sur la légalité de certains actes. Dans ce cadre, le Conseil d'État est notamment compétent pour connaître des recours pour excès de pouvoir dirigés contre les décisions administratives prises par les organismes collégiaux à compétence nationale.(15) Il ne fait aucun doute que l'autorisation d'exploiter la "Cinq" relève de cette catégorie. Dès lors, la compétence du Conseil d'État, en premier et dernier ressort, est en l'espèce indiscutable. Toutefois, l'affirmation de la compétence du Conseil d'État est insuffisante pour justifier la prise de la décision. Encore faut-il que le juge soit régulièrement saisi. En effet, la procédure administrative contentieuse, comme d'ailleurs la procédure civile, exige que le juge soit saisi par une personne ayant un intérêt pour agir (16).

La notion d'intérêt pour agir présente un triple aspect. Le plaideur doit se prévaloir d'un intérêt :

- direct et personnel,
- matériel ou moral,
- né et actuel.

Le Conseil d'État admet implicitement la recevabilité des requêtes présentées par monsieur Roujansky et l'association "La Télé est à nous". Ce silence du juge ne signifie pas que l'intérêt pour agir des requérants n'ait pas été examiné. Le juge n'évoque pas cette question dans l'arrêt lui-même car elle ne lui paraît pas déterminante pour la solution du litige (17). Malgré tout, l'affirmation de l'intérêt pour agir des téléspectateurs dans le cadre d'une procédure de recours pour excès de pouvoir exercé contre une décision d'autorisation d'exploiter une chaîne de télévision nationale présente pour le droit de

1987 ; J.F. Sestier, J.C.P. 1987 II 20854 ; J.M. Sorel, R.A. 1988, p. 29 ; A. Viala, Gaz. Pal. 31 mars 1987.

(14) R. Drago, "La statut juridique de l'espace hertzien" in "La Commission Nationale de la Communication et des Libertés", sous la Dir. de Ch. Debbasch, coll. Science et Droit Administratif, P.U.A.M. Economica 1988, p. 61.

(15) En ce sens voir notamment: Ch. Debbasch et J.C. Ricci, "Contentieux Administratif", Précis Dalloz 5ème, éd. Dalloz 1990, p. 279 ; R. Chapus, "Droit du contentieux administratif", Domat droit public 2ème éd., Montchrestien 1990, p. 184.

(16) Sur cette question voir notamment E. Laferrière, "Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux", Berger-Levrault 1888, réimp. L.G.D.J. 1989, p. 404 et s. ; J.M. Auby et R. Drago, "Traité de contentieux administratif", tome II 3ème éd., L.G.D.J. 1984, p. 200 et s. ; B. Pacteau, "Contentieux administratif", coll. droit fondamental P.U.F. 1985, p. 121 et s. ; R. Chapus, "Droit du contentieux administratif", Domat droit public 2ème éd., Montchrestien 1990, p. 276 et s. ; Ch. Debbasch et J.C. Ricci, "Contentieux administratif", Précis Dalloz 5ème éd. 1990, p. 758 et s..

(17) A ce propos, R. Chapus constate que : "L'appréciation de l'intérêt donnant qualité à agir a donné lieu à une jurisprudence extraordinairement abondante et nuancée, faite bien souvent d'arrêts implicites, et dont la mise en ordre en vue d'une présentation synthétique se heurte aux plus grandes difficultés." in "Droit du contentieux administratif", Domat droit public 2ème éd., Montchrestien 1990, p. 277.

l'audiovisuel un grand intérêt car c'est la première fois que le juge administratif a du trancher (18) cette question.

Le téléspectateur est un tiers par rapport à la décision d'autorisation. Cette situation n'interdit pas qu'on lui reconnaisse un intérêt personnel et direct. Pour ce faire, il doit voir sa situation protégée par un ensemble de libertés et de garanties permettant de le distinguer de l'ensemble des citoyens. En l'espèce la situation du téléspectateur est protégée par la liberté de communication dont il est, au sens de la jurisprudence constitutionnelle (19), le "destinataire essentiel". Le téléspectateur bénéficie ainsi d'un intérêt direct et personnel lui permettant de disposer de la qualité pour agir dans le cadre d'une procédure de recours pour excès de pouvoir dirigé contre une décision d'autorisation d'une chaîne privée. En droit positif, un autre argument pourrait être avancé. En effet la loi de 1989 qualifie expressément l'espace hertzien de domaine public. Dès lors, sur le fondement de la théorie du service public virtuel (20), on pourrait estimer que les téléspectateurs sont les usagers du service public de la télévision et qu'ils disposent à ce titre d'un intérêt. Qu'en est-il de son intérêt matériel ou moral?

Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, disposer d'un intérêt matériel ou moral à l'annulation d'un acte, signifie que ce dernier porte grief au requérant. L'autorisation illégale d'exploiter une chaîne de télévision porte atteinte à la liberté de communication dont chaque téléspectateur est titulaire. Dès lors, le téléspectateur individuellement ou les association de téléspectateur disposent d'un intérêt moral constitué par le respect d'une liberté constitutionnellement protégée.

Enfin, le requérant doit se prévaloir d'un intérêt né et actuel. Cette condition est également vérifiée en l'espèce car la loi de 1989 maintient en vigueur les décisions d'autorisations délivrées sous le régime antérieur. Monsieur Roujansky et l'association "La Télé est à nous" ont ainsi un intérêt né et actuel leur permettant d'agir contre la décision 87-12 de la Commission Nationale de la Communication et des Libertés.

Le Conseil d'État a admis implicitement la recevabilité de la requête de monsieur Roujansky mais aussi celle de l'association "La Télé est à nous". Cette solution est satisfaisante tant d'un point de vue juridique qu'en opportunité. D'un point de vue juridique, la position adoptée en l'espèce quant à la recevabilité des requêtes s'inscrit dans une parfaite continuité jurispruden-

(18) Le Conseil d'État a précédemment admis la recevabilité de requête émanant d'associations de téléspectateurs : Conseil d'État 18 mai 1990 Association arménienne d'aide sociale et autres, A.J.D.A., 1990, p. 722.

(19) Le juge constitutionnel considère : " qu'en définitive, l'objectif à réaliser est que les auditeurs et les téléspectateurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions, ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché;" décision 86-217 DC du 17 septembre 1986 "Liberté de communication" rec.141.

(20) Conseil d'État 29 janvier 1932, Société des Autobus Antibois rec 117 ; Conseil d'État 5 mai 1944, Compagnie Maritime de l'Afrique Orientale rec 129 ; Conseil d'État 6 février 1948, Société française Radio-Atlantique rec 65 ; " certaines activités d'intérêt général, non susceptibles d'être exercées dans des conditions satisfaisantes par le libre jeu d'une entreprise privée, présentent ainsi le caractère de services publics virtuels et peuvent être soumises à un régime de service public par une simple intervention de l'autorité administrative, et notamment par le biais d'une autorisation domaniale assortie d'obligations de service public." conclusion Chenot sur l'arrêt Conseil d'État 6 février 1948, R.D.P 1948, p. 244.

tielle. Le Conseil d'État a toujours eu le souci d'ouvrir très largement le recours pour excès de pouvoir aux administrés tout en évitant sa transformation en action populaire (21). Plus fondamentalement, la position adoptée par le Conseil d'État constitue à notre sens une exacte application de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel qui considère que la liberté de communication concerne au premier chef les téléspectateurs. Enfin, l'admission de l'intérêt pour agir des téléspectateurs dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une décision d'autorisation d'exploiter une chaîne de télévision nationale est pleinement justifiée en opportunité. En effet, dans le domaine sensible de la communication audiovisuelle, et plus spécifiquement de la télévision, il paraît difficile d'écarter totalement le téléspectateur du processus d'autorisation au sens large. Strictement entendue, la procédure d'autorisation ne concerne que l'organe de régulation de l'audiovisuel, en l'espèce la Commission Nationale de la Communication et des Libertés, aujourd'hui le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, et les différents opérateurs potentiels. Dès lors, l'admission par le Conseil d'État de la possibilité pour les téléspectateurs de déférer l'autorisation au juge de l'excès de pouvoir contre-balance l'absence de ceux-ci dans le processus décisionnel proprement dit et permet de garantir a-posteriori les droits dont ils sont titulaires. Le téléspectateur est un acteur du processus global d'autorisation. Il peut intervenir afin d'obtenir le respect d'une certaine qualité des programmes. Le Conseil d'État consacre l'existence d'un droit du consommateur télévisuel. Ce droit ne peut s'exercer, en l'état actuel des textes, qu'à posteriori et par la voie contentieuse. Toutefois, l'organisation progressive au sein d'association de téléspectateurs doit conduire à plus ou moins longue échéance à faire participer les consommateurs au processus d'autorisation proprement dit.

II - LA LÉGALITÉ EXTERNE DE LA DÉCISION 87-12 DU 25 FÉVRIER 1987 DE LA COMMISSION NATIONALE DE LA COMMUNICATION ET DES LIBERTÉS

Les requérants soulèvent, à l'appui de leurs demandes, des vices de forme et des vices de procédure. Le Conseil d'État rejette l'ensemble de ces moyens.

Quant à la forme de l'acte, les demandeurs contestent le contenu des visas, l'absence de motivation de la décision et, enfin, la circonstance que le président de la commission ait rendu publique la décision avant que celle-ci soit signée et publiée. Examinons successivement ces trois points.

D'une part, les plaideurs considèrent que l'absence dans les visas des différentes phases de la procédure d'attribution est constitutif d'une illégalité. Le Conseil d'État juge, de façon constante, dans le souci d'éviter un formalisme excessif, que l'omission, dans les visas d'un acte administratif de

(21) R. Chapus relève que : "c'est pourquoi il doit être facile à exercer..... Ce caractère explique de même la jurisprudence qui définit de façon très extensive l'intérêt personnel dont les requérants doivent justifier pour être recevables à agir. Sans doute, dans la logique de ce caractère, le recours aurait du être reconnu comme une "action populaire" (à la disposition de n'importe qui). La préoccupation d'éviter un afflux de recours, auquel le juge n'aurait pu faire face, l'a emporté. Mais l'intérêt exigé est apprécié avec un libéralisme tel qu'à beaucoup d'égards au moins, le recours pour excès de pouvoir n'est pas très éloigné de ce qu'il serait s'il était une action populaire." in "Droit du contentieux administratif", Domat droit public 2ème éd., Montchrestien 1990, p. 130.

la référence à une formalité, n'est pas constitutif d'une illégalité.(22) En revanche, est constitutif d'une illégalité le non accomplissement d'une formalité substantielle. Dès lors, le Conseil d'État rejette, fort logiquement, le moyen soulevé par les requêtes et considèrent que l'absence, dans les visas, de la référence à certaines phases de la procédure d'attribution, est sans effet sur la légalité de la décision d'autorisation.

D'autre part, les requérants estiment que la décision d'autorisation d'exploiter une chaîne de télévision nationale doit être motivée. Il est de principe qu'une décision administrative n'a pas à être formellement motivée sauf si un texte prévoit qu'il en soit ainsi. Le Conseil d'État a du rechercher si une loi impose le respect d'une telle obligation par l'organe de régulation de l'audiovisuel. Le Conseil d'État considère que l'article 32 de la loi de 1986 sur la liberté de communication (23) n'impose la motivation que dans l'hypothèse d'une décision refusant d'accorder l'autorisation d'usage des fréquences (24) et il rappelle que la loi de 1979 ne concerne que les décisions défavorables et celles dérogeant à un texte. La décision 87-12 du 25 février 1987 de la Commission Nationale de la Communication et des Libertés ne présentant aucun de ces caractères, l'absence de motivation n'est pas constitutif d'une illégalité. Sur ce point aussi, le Conseil d'État ne fait qu'appliquer sa jurisprudence traditionnelle qui vise à concilier l'exigence législative de motivation avec les nécessités de l'action administrative.

Enfin les requérants considèrent que le fait que le président de la Commission Nationale de la Communication et des Libertés ait rendu publique la décision avant que celle-ci soit signée et publiée est constitutif d'une illégalité. L'article 6 alinéa 2 de la loi du 30 septembre 1986 dispose que: " les résultats des délibérations ainsi que les rapports de la commission, quelle qu'en soit la nature, sont publiés au Journal Officiel de la République." Ce texte, en vigueur, prévoit ainsi que les autorisations doivent être publiées. Toutefois, nous devons remarquer que cette disposition ne prévoit qu'un mode de publicité. L'absence de publication de la décision au Journal Officiel n'est pas constitutive d'une illégalité. Elle a simplement pour effet de rendre inopposable l'autorisation à l'égard des administrés. Enfin, le fait de rendre publique la décision avant sa signature n'est pas constitutif d'une illégalité car la loi de 1986 n'impose pas formellement l'écrit (25). Nous devons, malgré tout, observer que l'obligation de publication au journal officiel impose le recours à un support écrit afin de rendre opposable l'acte.

Quant à la procédure suivie, les requérants soulèvent trois moyens : le non-respect de l'article 30 de la loi du 30 septembre 1986, la violation de l'article 6 de la même loi et enfin l'absence d'enquête auprès du public. Le Conseil d'État rejette cette argumentation.

(22) Conseil d'État 5 novembre 1948 dame Naudou rec 524.

(23) Cet article dispose que : "Les autorisations prévues à la présente section sont publiées au journal officiel de la République française avec les obligations dont elles sont assorties. Les refus d'autorisation sont notifiés aux candidats et motivés."

(24) Conseil d'État 18 mai 1990, Association arménienne d'aide sociale, A.J.D.A 1990, p. 722 ; Conseil d'État 20 juin 1990, Association radio-triangle, req. n° 92289, non publié ; Conseil d'État 20 juin 1990, Association pour le développement de la communication régionale, req. n° 99930, non publié ; Conseil d'État 20 juin 1990, Association radio musique à Lyon, req. n° 104211, non publié.

(25) Le juge administratif considère traditionnellement que la forme écrite ne s'impose à un acte administratif que si un texte l'exige. Conseil d'État 25 février 1948, Bloch rec.92.

L'article 30 de la loi du 30 septembre 1986 (26) indique les conditions que l'organe de régulation de l'audiovisuel doit respecter lors de l'attribution d'une autorisation. Le Conseil d'État est conduit à opérer dans ce domaine un contrôle relativement étroit du travail de la Commission Nationale de la Communication et des Libertés. Il vérifie si d'une part il y a bien eu appel à candidature et donc concurrence entre plusieurs opérateurs et si d'autre part le choix effectué a été réalisé en tenant compte tant des engagements souscrits par les différents opérateurs que de la capacité de chacun d'eux de les tenir. L'article 30 a été réécrit à la suite de la réforme de 1989 (27). Toutefois, le contrôle effectué par le Conseil d'État en l'espèce illustre parfaitement ce que pourra être le contrôle du respect par le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel du nouvel article 30.

(26) Cette disposition prévoit que : "Sous réserve des dispositions des articles 26 et 65 de la présente loi, l'usage des fréquences pour la diffusion de service de télévision par voie hertzienne terrestre est autorisé par la Commission nationale de la communication et des libertés dans les conditions prévues au présent article.

Pour les zones géographiques qu'elle a préalablement déterminées, la commission publie une liste de fréquences disponibles et un appel aux candidatures en vue de l'exploitation de service de télévision. Elle fixe le délai dans lequel les candidatures doivent être déposées.

La déclaration de candidature est présentée par une société. Elle indique notamment l'objet et les caractéristiques générales du service, les caractéristiques techniques d'émission, la composition du capital, ainsi que la liste des administrateurs, les prévisions de dépenses et de recettes, l'origine et le montant des financements prévus.

A l'issue du délai prévu au deuxième alinéa ci-dessus, la commission accorde l'autorisation en appréciant l'intérêt de chaque projet pour le public au regard des impératifs prioritaires mentionnés au huitième alinéa de l'article 29.

Elle tient également compte des critères figurant aux quatre derniers alinéas (1° à 4°) de cet article et des engagements que le candidat souscrit dans l'un ou plusieurs des domaines suivants :

- 1° Diffusion de programmes éducatifs et culturels ;
- 2° Actions culturelles ou éducatives ;
- 3° Contribution à la diffusion d'émissions de télévision dans les départements, territoires et collectivités territoriales d'outre-mer ;
- 4° Contribution à la diffusion à l'étranger d'émissions de télévision ;
- 5° Concours complémentaire au soutien financier de l'industrie cinématographique et de l'industrie de programmes audiovisuels dans les conditions d'affectation fixées par la loi de finances."

(27) Le nouvel article 30 énonce que : "Sous réserve des dispositions des articles 26 et 65 de la présente loi, l'usage des fréquences pour la diffusion de services de télévision par voie hertzienne terrestre est autorisé par le Conseil supérieur de l'audiovisuel dans les conditions prévues au présent article.

Pour les zones géographiques et les catégories de services qu'il a préalablement déterminées, le conseil publie une liste des fréquences disponibles ainsi qu'un appel aux candidatures. Il fixe le délai dans lequel les candidatures doivent être déposées.

La déclaration de candidature est présentée par une société. Elle indique notamment l'objet et les caractéristiques générales du service, les caractéristiques techniques d'émission, la composition du capital, ainsi que la liste des administrateurs, les prévisions de dépenses et de recettes, l'origine et le montant des financements prévus.

Les déclarations de candidature sont également accompagnées des éléments constitutifs d'une convention comportant des propositions sur un ou plusieurs des points mentionnés à l'article 28.

A l'issue du délai prévu au deuxième alinéa ci-dessus et après audition publique des candidats, le conseil accorde l'autorisation en appréciant l'intérêt de chaque projet pour le public au regard des impératifs prioritaires mentionnés au huitième alinéa de l'article 29.

Il tient également compte des critères figurant aux trois derniers alinéas (1°, 2°, 3°) de l'article 29".

L'article 6 de la loi du 30 septembre 1986 (28), maintenu en vigueur après la réforme de 1989, impose que l'organe de régulation de l'audiovisuel transmette celles des décisions, présentant un caractère réglementaire, au Premier ministre qui dispose d'un délai de quinze jours pour demander une nouvelle délibération. Les requérants estiment qu'une décision autorisant l'exploitation d'une chaîne de télévision nationale est un acte réglementaire. Dès lors, le non-respect de la formalité de transmission doit entraîner l'annulation de la décision. Il est certain, bien que le Conseil d'État n'ait pas eu à se prononcer sur cette question, que la formalité instituée par l'article 6 de la loi a un caractère substantiel. Mais il est tout aussi certain que la décision d'autoriser l'exploitation d'une chaîne de télévision n'est pas un acte réglementaire, c'est une mesure individuelle. En conséquence, la formalité prévue par l'article 6 ne s'impose pas et le Conseil d'État a pu rejeter l'argument sans difficulté.

Enfin, quant à la procédure suivie, les requérants invoquent un dernier moyen qui est l'absence d'enquête auprès du public. Le Conseil d'État rejette cet argument en relevant qu'aucun texte n'impose le respect de cette obligation par l'organe de régulation de l'audiovisuel. Le juge administratif applique une jurisprudence constante qui veut qu'une autorité administrative n'est tenue de recueillir des avis avant de prendre sa décision que si un texte l'impose. La solution adoptée en l'espèce est donc conforme à une tradition jurisprudentielle et se fonde notamment sur une interprétation littérale de la loi du 30 septembre 1986 qui ne prévoit dans aucune de ses dispositions l'obligation de consulter le public. Toutefois, et en tenant compte du caractère de principal destinataire de la liberté de communication attribué au public par le Conseil Constitutionnel, le Conseil d'État aurait pu, par une interprétation constructive de l'article 30 alinéa 4 de la loi du 30 septembre 1986 - selon lequel, dans la rédaction d'origine, "la commission accorde l'autorisation en appréciant l'intérêt de chaque projet pour le public" - considérer que la Commission Nationale de la Communication et des Libertés devait procéder à la consultation du public avant de prendre sa décision. A notre avis, le Conseil d'État ne s'est pas engagé, à juste titre, dans cette voie pour deux raisons essentielles : le refus d'alourdir une procédure d'autorisation déjà relativement complexe et surtout l'absence de réelle organisation du public qui empêche, pour l'heure, la mise en oeuvre pratique d'une consultation officielle.

(28) Cet article dispose que : "Celles des décisions de la commission mentionnées aux articles 22, 27 et au deuxième alinéa de l'article 34 qui présentent un caractère réglementaire sont transmises au premier ministre qui peut, dans les quinze jours suivant leur réception, demander à la commission une nouvelle délibération.

Les résultats des délibérations ainsi que les rapports de la commission, qu'elle qu'en soit la nature, sont publiés au Journal officiel de la République française".

III - LA LÉGALITÉ INTERNE DE LA DÉCISION 87-12 DU 25 FÉVRIER 1987 DE LA COMMISSION NATIONALE DE LA COMMUNICATION ET DES LIBERTÉS

Les requérants soulèvent, à l'appui de leur demande, deux moyens de légalité interne : la méconnaissance de l'exigence de l'expression pluraliste des courants d'opinion et la violation de l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Les demandeurs considèrent que la participation d'un groupe, possédant une partie importante de la presse écrite au capital d'une société à qui est délivrée une autorisation d'usage de fréquences, est contraire à la loi du 30 septembre 1986 qui impose à l'organe de régulation de l'audiovisuel de veiller à favoriser la libre concurrence et l'expression du pluralisme des courants d'opinion. Implicitement, les requérants demandent au Conseil d'État de vérifier si l'interprétation donnée par la Commission Nationale de la Communication et des Libertés à sa propre compétence est conforme à l'interprétation directive du Conseil Constitutionnel des dispositions la déterminant.

Le Conseil d'État rejette cette argumentation et juge que la Commission Nationale de la Communication et des Libertés n'a pas "méconnu les exigences de l'expression pluraliste des divers courants d'opinion". Le raisonnement suivi par la haute juridiction administrative est fort intéressant. En effet, le Conseil d'État applique l'interprétation directive donnée par le Conseil Constitutionnel aux dispositions de la loi de 1986, attribuant compétence à la Commission Nationale de la Communication et des Libertés pour délivrer les autorisations d'usage de fréquences aux chaînes privées. Le juge constitutionnel estime que : "considérant que les dispositions des articles 28 à 31 doivent être interprétées à la lumière des principes posés par la loi en ses articles 1 et 3 qui font obligation à la Commission nationale de la communication et des libertés de préserver, par priorité, l'expression pluraliste des courants d'opinion"; qu'en particulier, dans l'hypothèse où il n'existe qu'une seule fréquence dans une zone donnée, il appartiendra à la commission d'imposer au bénéficiaire de l'autorisation des obligations destinées à assurer une expression libre et pluraliste des idées et des courants d'opinion; que les mêmes obligations devront être prescrites dans les cas où l'existence de plusieurs fréquences, bien que relevant d'opérateurs différents, ne suffirait pas à garantir le pluralisme; que toute autre interprétation qui conduirait à conférer à la commission un pouvoir discrétionnaire pour l'application des articles 28 à 31 de la loi, sans la soumettre au respect du cadre impérativement défini par les articles 1 à 3, serait contraire à la Constitution" (29).

Reprenant les principes d'interprétation dégagés par le Conseil Constitutionnel, le Conseil d'État juge que : "Considérant que les articles 1, 3 et 29 de la loi du 30 septembre 1986 imposent à la commission nationale de la communication et des libertés de veiller à favoriser la libre concurrence et l'expression du pluralisme des courants d'opinion, notamment dans le choix des candidats à l'attribution d'un service de télévision; que ces dispositions ne concernent que le secteur de la diffusion par des moyens audiovisuels; qu'elles

(29) Décision 86-217 DC du 18 septembre 1986, rec 141 ; R. Etien, R.A 1986, p. 458 et 564 ; L. Favoreu, R.D.P. 1989, p. 399 ; B.Genevois, A.I.J.C. 1986, p. 430,433,435,441 ; Y.Guyon, Dr. Soc.1986, p. 606 ; P.Wachsmann, A.J.D.A 1987, p. 102.

ne font pas obstacles à ce qu'un groupe qui contrôle une partie importante de la presse écrite puisse recevoir, en outre, l'attribution d'un service de télévision à condition qu'il s'engage à respecter, dans l'exploitation de celui-ci, le pluralisme de ces courants d'opinion; qu'à cet égard, les articles 16 et 30 de la décision attaquée rappellent cette obligation; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier qu'en accordant à la société pour l'exploitation de la cinquième chaîne, une autorisation d'usage de fréquence pour l'exploitation d'un service de télévision à caractère national, la commission ait méconnu les exigences de l'expression pluraliste des divers courants d'opinion".

Le rapprochement de ces deux considérants permet de souligner l'application réalisée par le Conseil d'État de l'interprétation directive donnée par le Conseil Constitutionnel à la loi de 1986 afin que sa mise en œuvre ne porte pas atteinte à l'article 11 de la Déclaration de 1789 qui est le fondement constitutionnel de la liberté de communication audiovisuelle (30).

Enfin, les requérants soulèvent un dernier moyen au terme duquel la décision 87-12 violerait l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui prévoit notamment la liberté de communication sans ingérences des autorités publiques. Le Conseil d'État rejette fort justement cet argument. La convention européenne prohibe bien l'ingérence des autorités publiques en la matière mais elle prévoit pour la radio et la télévision un régime d'autorisation (31).

L'arrêt commenté apporte une nouvelle pierre à l'édification d'un droit de l'audiovisuel moderne par l'application à un domaine, particulièrement évolutif, de solutions jurisprudentielles traditionnelles. Cet élément constitue une garantie essentielle de la sécurité juridique permettant d'amortir les chocs liés à la révolution technique et à l'inflation normative qu'a connu ce secteur d'activité depuis une dizaine d'années.

(30) Ch. Debbasch, "Le principe constitutionnel de la liberté de la communication audiovisuelle" in "La Commission nationale de la communication et des libertés", coll. Science et Droit Administratif, Economica Presses Universitaires d'Aix-Marseille 1988 ; F. Luchaire, "La protection constitutionnelle des droits et des libertés", Economica 1987, p. 123 ; A. Roux, "La liberté de communication dans la jurisprudence constitutionnelle française", A.L.J.C 1987, p. 317.

(31) G. Cohen-Jonathan, "La convention européenne des droits de l'homme" coll. Droit public positif, Economica Presses Universitaires d'Aix-Marseille 1989, p. 456.

ANNEXE

Le Conseil d'État statuant au Contentieux,
(Section du contentieux, 5ème et 3ème sous-sections réunies)
Roujansky et Association "La télé à nous" c./ C.N.C.L.
Requête n° 86.375 et 86.896

Vu, 1°) sous le n° 86 375, la requête enregistrée au secrétariat du contentieux du Conseil d'État le 3 avril 1987, présentée par M. Roujansky, demeurant 29, rue Edmond Costedoat à Bordeaux (33000) ; M. Roujansky demande que le Conseil d'État annule pour excès de pouvoir la décision n° 87-12 du 25 février 1987 de la Commission Nationale de la Communication et des Libertés autorisant la société pour l'exploitation de la cinquième chaîne à exploiter un service de télévision à vocation nationale diffusé en clair par voie hertzienne terrestre.

.....

Vu, 2°) sous le n° 86 896, la requête enregistrée au secrétariat du contentieux du Conseil d'État le 23 avril 1987, présentée pour l'Association "La télé est à nous", dont le siège social est 1, rue Paul Baudry à Paris (75008), représentée par son président en exercice ; l'association demande que le Conseil d'État annule pour excès de pouvoir la décision n° 87-12 du 25 février 1987 par laquelle la commission nationale de la communication et des libertés a autorisé l'exploitation d'un service de télévision à vocation nationale diffusé en clair par voie hertzienne terrestre (5ème chaîne),

.....

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu la loi n° 74-1227 du 31 décembre 1973 et le décret n° 74-360 du 3 mai 1974 ;

Vu la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 modifiée par la loi n° 86 76 du 17 janvier 1986 ;

Vu la loi n° 86 1067 du 30 septembre 1986 modifiée par la loi n° 86-1210 de la loi du 27 novembre 1986 ;

Vu l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1963 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 ;

Après avoir entendu :

- le rapport de M. Plagnol, Auditeur,
- les observations de la SCP Waquet, Farge, Hazan, avocat de l'ASSOCIATION "LA TÉLÉ EST A NOUS",
- les conclusions de M. Stirn, Commissaire du gouvernement;

Considérant que les requêtes présentées par M. ROUJANSKY et par l'association "LA TÉLÉ EST A NOUS" sont dirigées contre une même décision: qu'il v a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision;

Sur la légalité externe de la décision attaquée :

Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que la commission nationale de la communication et des libertés ait pris la décision attaquée sans procéder, comme l'imposait l'article 30 de la loi susvisée du 30 septembre 1986, à un examen sérieux de l'intérêt, au regard des impératifs prioritaires mentionnés à l'article 30 de la loi, des projets présentés par les candidats à l'exploitation du service de télévision à vocation nationale diffusé en clair par voie hertzienne terrestre (cinquième chaîne) ayant fait l'objet de l'appel de candidature diffusé les 26 janvier et 3 février 1987, ainsi que des engagements que ceux-ci ont souscrits notamment dans le domaine mentionné par cet article 30 et de leur capacité morale et technique à exploiter le service conformément à leurs engagements ; qu'aucun texte n'imposait à la commission de procéder à des enquêtes auprès du public avant de prendre sa décision ;

Considérant que l'absence dans les visas de la mention, de l'accomplissement de certaines phases de la procédure d'attribution d'un service de télévision est sans incidence sur la légalité de la décision ; que le second alinéa de l'article 32 de cette même loi n'impose de motiver que les décisions refusant d'accorder une autorisation d'usage de fréquence et que l'autorisation accordée à une société, n'avait pas un caractère défavorable à son égard et ne dérogeant à aucun texte, n'est pas, non plus, soumise à une obligation de motivation par les dispositions de la loi du 11 juillet 1979; qu'ainsi le moyen tiré de l'insuffisance de la motivation de ladite décision attaquée n'est pas fondé ;

Considérant que la procédure prévue à l'article 6 de la loi du 30 septembre 1986 ne concerne que certaines décisions de la commission nationale mentionnées aux articles 22, 27 et 34 alinéa 2 de la loi ; que la décision attaquée a été prise en exécution des articles 30 et 32 de la loi ; qu'ainsi le moyen tiré de la violation de l'article 6 est inopérant ;

Considérant que la circonstance que le président de la commission nationale de la communication et des libertés ait rendu publique la décision prise par celle-ci avant que cette décision ait été signée et publiée, est sans incidence sur la légalité de celle-ci ;

Sur la légalité interne de la décision attaquée :

Considérant que les articles 1, 3 et 29 de la loi du 30 septembre 1986 imposent à la commission nationale de la communication et des libertés de veiller à favoriser la libre concurrence et l'expression du pluralisme des courants d'opinion, notamment dans le choix des candidats à l'attribution d'un service de télévision ; que ces dispositions ne concernent que le secteur de la diffusion par des moyens audiovisuels ; qu'elles ne font pas obstacle à ce qu'un groupe qui contrôle une partie importante de la presse écrite puisse recevoir, en outre, l'attribution d'un service de télévision à condition qu'il s'engage à respecter, dans l'exploitation de celui-ci, le pluralisme de ces courants d'opinion ; qu'à cet égard, les articles 16 et 30 de la décision attaquée rappellent cette obligation ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier qu'en accordant à la société pour l'exploitation de la cinquième chaîne, une autorisation d'usage de fréquence pour l'exploitation d'un service de

télévision à caractère national, la commission ait méconnu les exigences de l'expression pluraliste des divers courants d'opinion ;

Considérant enfin que la décision attaquée ne méconnaît pas les dispositions de l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui garantissent à toute personne le droit à la liberté d'expression et celui de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques ;

DECIDE :

Article 1er : Les requêtes de M. ROUJANSKY et de l'Association "LA TELEVISION EST A NOUS" sont rejetées.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à M. ROUJANSKY, à l'association "LA TELEVISION EST A NOUS", à la société pour l'exploitation de la cinquième chaîne. au président du conseil supérieur de l'audiovisuel et au ministre de la culture. de la communication, des grands travaux et du Bicentenaire.

**LES COMPTES D'UNE ASSOCIATION
GÉRANT UN SERVICE PUBLIC COMMUNAL,
SANS PRÉROGATIVES DE PUISSANCE
PUBLIQUE, SONT DES DOCUMENTS
ADMINISTRATIFS COMMUNICABLES**

NOTE

SOUS CONSEIL D'ÉTAT

20 JUILLET 1990

**VILLE DE MELUN ET ASSOCIATION "MELUN CULTURE
LOISIRS"**

C./ M. VIVIEN ET AUTRES (1)

Par

Stéphane CAPORAL

Docteur en Droit - Université d'Aix-Marseille III

(1) Arrêt reproduit en Annexe.

En admettant dans sa décision du 20 juillet 1990, *Ville de Melun et Association "Melun Culture Loisirs" c/ M. Vivien et autres* (2), qu'une personne privée peut gérer un service public alors même qu'elle ne dispose pas de prérogatives de puissance publique le Conseil d'État a implicitement accepté de ne retenir que deux critères de définition du service public : l'existence d'un lien organique avec l'autorité publique et le caractère d'intérêt général de l'activité exercée par l'institution de droit privé. Dès lors, et bien que la gestion du service public confiée à une personne privée s'accompagne le plus souvent de l'attribution de prérogatives de puissance publique (3), l'existence de telles prérogatives ne constitue pas une condition nécessaire à la qualification jurisprudentielle d'une activité de service public ; en d'autres termes, elle n'est pas un critère du service public.

Créée en 1972 par la commune de Melun, l'association "Melun Culture Loisirs" s'était vu confier la double mission de gérer les centres de loisir sans hébergement de la ville et conduire l'essentiel des actions socio-éducatives municipales d'une part, et de coordonner l'action des autres associations en la matière d'autre part. Pour lui permettre de mener à bien sa mission d'aide aux autres associations, la ville avait mis des locaux sociaux ainsi que des animateurs à disposition de "Melun Culture Loisirs" dont elle assurait par ailleurs l'essentiel du financement et au conseil d'administration de laquelle une large place lui était réservée.

En 1984, six conseillers municipaux de Melun ont déposé deux demandes distinctes, auprès du maire et du président de l'association, tendant à ce que leur soient communiqués les comptes de "Melun Culture Loisirs", accompagnés des pièces justificatives pour la période 1972-1983. S'étant vu opposer un refus catégorique par le président de l'association et un refus partiel par le maire les conseillers ont, dans un premier temps, saisi la Commission d'accès aux documents administratifs qui s'est déclarée incompétente au motif que "Melun Culture Loisirs" ne pouvait être regardée comme chargée de la gestion d'un service public, et dans un second temps, ils ont déféré le double refus au tribunal administratif de Versailles. Ce dernier leur a donné satisfaction par deux jugements du 26 avril 1985 et du 5 juillet 1985 relatifs, le premier au refus du président de l'association et le second à la réponse du maire. Dans le premier jugement, le tribunal a considéré l'association comme un organisme privé gérant un service public et entrant à ce titre dans le champ d'application de l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978 sur la communicabilité des documents émanant des organismes, "fussent-ils de droit privé, chargés de la gestion d'un service public". Dans le second jugement, le tribunal a admis que s'appliquait aux documents comptables de l'association l'article L. 221-8 du Code des Communes qui dispose "tous groupements, associations, œuvres ou entreprises privées qui ont reçu dans l'année en cours une ou plusieurs subventions sont tenus de fournir à

(2) R.F.D.A. sept.-oct. 1990, p.941 et concl. M. Pochard, A.J.D.A. 1990, p. 820.

(3) CE, Sect., 28 juin 1963, *Narcy, Leb.*, p. 401 ; R.D.P. 1963, p. 1186, note M. Waline, A.J.D.A. 1964, p. 91, note A. de Laubadère. Cet arrêt est souvent présenté comme faisant de la prérogative de puissance publique un des critères du service public, v. sur ce point les observations critiques de R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 5ème éd., Paris, 1990, p. 403.

l'autorité qui a mandaté la subvention une copie certifiée conforme de leur budget ou de leurs comptes pour l'exercice écoulé ainsi que tout document faisant connaître les résultats de leur activité". Dès lors le tribunal en a conclu que les comptes de l'association constituaient des documents administratifs obligatoires communicables.

Statuant par une décision unique en appel de ces jugements, le Conseil d'État a admis que l'association peut "être regardée, alors même que l'exercice de ses missions ne comporterait pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, comme gérant sous le contrôle de la commune, un service public communal et figure ainsi au nombre des organismes mentionnés à l'article 2 précité de la loi du 17 juillet 1978". La Haute assemblée a ainsi confirmé le jugement du tribunal administratif de Versailles du 5 juillet 1985 annulant la décision par laquelle le président de "Melun Culture Loisirs" avait rejeté la demande de MM. Vivien, Laplace et Bodin tendant à la communication de ses comptes. En revanche, et suivant les conclusions de son commissaire du gouvernement, elle a considéré que l'autonomie des personnes morales fait obstacle à ce que la commune dispose à l'égard de tiers des comptes de l'association.

I - LA PRÉROGATIVE DE PUISSANCE PUBLIQUE N'EST PAS UN CRITÈRE DU SERVICE PUBLIC GÉRÉ PAR UNE PERSONNE PRIVÉE

La loi du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs dispose en son article 2 que ces documents "sont de plein droit communicables aux personnes qui en font la demande, qu'ils émanent des administrations de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics ou des organismes, fussent-ils de droit privé, chargés de la gestion d'un service public". La première question à laquelle devait répondre le Conseil d'État concernait donc l'activité exercée par "Melun Culture Loisirs": s'il s'agissait d'un service public, il revenait à la juridiction administrative de se prononcer sur la communicabilité des documents demandés, c'est-à-dire en fait sur leur caractère administratif ou non, et sur le refus émanant de l'organisme de droit privé (4).

Dès l'origine, la jurisprudence a paru lier la gestion des services publics par les personnes privées à l'exercice de prérogatives de puissance publique, à travers l'arrêt *Etablissements Vézia* (5), puis les arrêts *Monpeurt* (6) et *Bouguen* (7). Entre temps, l'arrêt "*Caisse primaire Aide et Protection*"

(4) CE Sect., 7 octobre 1983, *Vinçot*, Leb., p. 401, CJEG 1984, p. 89, concl. D. Labetoulle Dr.soc.1984, p. 215, note X. Prétot ; TC 2 juillet 1984, *Vinçot et Dame Le Borgne*, Leb., p. 449, A.J.D.A. 1985, p. 289, Dr.soc. 1986, p. 555, note X. Prétot ; CE 26 septembre 1986, *Union des caisses centrales de la mutualité agricole*, Leb., p. 220, JCP 1987, IV, p. 52.

(5) CE Ass. 20 décembre 1935, *Etablissements Vézia*, Leb., p.1212, R.D.P. 1936, concl. R. Latoumerie ; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 9ème éd., Paris, 1990, p. 302.

(6) CE Ass. 31 juillet 1942, *Monpeurt*, Leb., p. 239, S. 1942, III, p. 37, concl. Ségalat ; D. 1942, p. 138, concl. Ségalat, note P.C. ; R.D.P. 1943, p. 57, concl. Ségalat, note R. Bonnard ; JCP 1942, II, p. 2046, concl. Ségalat, note P. Laroque ; G.A.J.A. p. 341.

(7) CE Ass. 2 avril 1943, *Bouguen*, Leb., p. 86 ; G.A.J.A. p. 352.

(8) avait reconnu à des organismes de droit privé la possibilité d'assurer une mission de service public en dehors d'un système contractuel, en vertu de dispositions législatives et réglementaires aménageant le statut et les fonctions de ces organismes (9). L'arrêt *Caisse primaire "Aide et Protection"* marquait ainsi le début d'un mouvement que la doctrine allait appeler la crise de la notion de service public qui se caractérisait par la consécration jurisprudentielle d'une définition fonctionnelle de cette notion. Restait alors à identifier les critères de l'organisme de droit privé gérant un service public et, interprétant l'arrêt *Narcy* (10) la majorité de la doctrine allait en reconnaître trois: le rattachement organique de l'activité à une personne publique, la mission d'intérêt général confié à l'organisme de droit privé et les prérogatives de puissance publique qui lui sont attribuées.

Des organismes privés soumis au contrôle de l'administration et exerçant une mission d'intérêt général mais ne disposant pas de prérogatives de puissance publique allaient ainsi être considérés comme n'étant pas chargés d'une mission de service public (11), le juge administratif établissant une distinction qui ne se justifiait guère entre "mission de service public" et "mission d'intérêt général" (12).

C'est pourquoi, comme le rappelle d'ailleurs le commissaire du gouvernement Pochard dans ses conclusions, un auteur tel que le Président Raymond Odent n'hésitera pas alors à écrire : "On ne peut parler de service public que si certaines prérogatives de puissance publique appartiennent ou ont été accordées aux agents qui gèrent ou exécutent le service d'intérêt général". Or à cet égard, l'apport principal de la décision *Ville de Melun* consiste à admettre que dès lors que sont réunis les deux critères retenus par René Chapus: rattachement organique de l'activité à qualifier et exercice de cette activité en vue d'un intérêt public (13), les prérogatives de puissance publique ne sont pas indispensables étant en quelque sorte "suffisantes mais non nécessaires" à qualifier l'activité. La décision traduit une nette prépondérance de la prise en considération par le juge administratif du lien organique, comme le suggère l'emploi répété de l'expression "pour le compte de" par le commissaire du gouvernement qui évoque une délégation, un mandat (encore que cette expression soit parfois employée bien que la personne privée ne soit pas mandataire de l'institution publique, comme en témoigne l'arrêt *Société Entreprise Peyrot* (14)).

Il convient cependant d'observer que le considérant de la décision du 20 juillet 1990 relatif aux prérogatives de puissance publique est rédigé au

(8) CE Ass. 13 mai 1938, *Caisse primaire "Aide et Protection"*, Leb. p. 417, R.D.P. 1938, p. 830, concl. R. Latournerie, D. 1939, III, p. 65, concl. R. Latournerie, note Pépy ; G.A.J.A. p. 20.

(9) G.A.J.A., p. 322.

(10) *Narcy*, précité.

(11) CE Sect. 21 mai 1976, *G.I.E. Brousse-Cardell*, Leb., p.268 ; A.J.D.A. 1977, p. 42, concl. S. Grévisse ; Gaz. Pal. 1977, I, p. 172, note F. Moderne ; TC 5 juillet 1982, *Mlle Nicolet*, Leb., p.565.

(12) CE Sect. 13 octobre 1978, *Association départementale pour l'Aménagement des structures agricoles du Rhône*, R.D.P. 1979, p. 899, concl. J.-M. Galabert, note J. Robert. Pour une critique de la distinction entre "mission de service public" et "mission d'intérêt général", v. J. De Soto, Note sous TC 25 janvier 1982, *Mme Cailloux c. Comité national pour la sécurité des usagers C.O.N.S.U.E.L.*, R.D.P. 1983, pp. 819 s.

(13) R. Chapus, op. cit., pp. 402-411.

(14) TC 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot*, Leb., p. 787.

conditionnel ce qui signifie qu'en l'espèce, il n'est pas du tout certain que ces prérogatives n'existent pas. On sait que souvent lorsqu'elle rend des décisions importantes, la Haute juridiction administrative pose une règle qui vaut pour l'avenir et n'a pas d'effets sur le cas d'espèce, et l'importance de la décision *Ville de Melun*, est bien réelle. D'autant que la jurisprudence antérieure citée dans les conclusions ne nous paraît pas absolument convaincante: comme le remarque M. de Soto, les arrêts *Bernardi* et *Dame Girignon* (15) rendus en matière de responsabilité mettent l'accent sur l'absence de prérogatives de puissance publique pour attribuer la compétence juridictionnelle aux tribunaux de l'ordre judiciaire ; on peut alors se demander si la référence à l'activité exercée a une grande utilité.

Au contraire dans la décision du 20 juillet, c'est l'activité exercée par l'organisme de droit privé "sous le contrôle de la commune" en vue de l'intérêt général qui est directement en cause et reconnaître que cette activité est, au sens fonctionnel, un service public conduit à admettre la compétence de la juridiction administrative pour se prononcer sur la communicabilité des documents de l'association "Melun Culture Loisirs". L'opportunité n'est donc pas absente de cette décision ce que nous semble confirmer le considérant relatif au caractère administratif des documents.

II - L'ABSENCE DE PRÉROGATIVE DE PUISSANCE PUBLIQUE N'EMPÊCHE DONC PAS LA COMMUNICABILITÉ DES DOCUMENTS

"Considérant, d'autre part, que les comptes de l'association "Melun Culture Loisir" qui retracent les conditions dans lesquelles elle exerce des missions de service public qui sont les siennes présentent par leur objet et leur nature le caractère de documents administratifs". Le laconisme de la décision quant au caractère administratif des documents peut surprendre surtout au regard d'une jurisprudence constante qui exclue les actes de gestion privée du champ des actes communicables (16). Le commissaire du gouvernement conteste cependant le point de vue de MM. Stirn et Tuot selon lesquels ne seraient communicables que les actes se rattachant à l'exercice des prérogatives de puissance publique : "une chose est d'exclure les actes de gestion privée, selon selon une jurisprudence effective établie, une autre est d'exclure les actes qui ne se rattachent pas à l'exercice de prérogatives de puissance publique".

Il peut ne pas sembler parfaitement évident que des documents comptables ne soient pas des actes de gestion privée, mais il est vrai que dans une décision antérieure, le Conseil d'État avait déjà considéré comme documents administratifs des justificatifs comptables (17), par ailleurs, dans la mesure où l'on admet la possibilité de l'existence d'un service public géré par une personne privée sans prérogatives de puissance publique, il est assez logique de permettre le contrôle de l'utilisation des moyens mis à sa disposition par l'autorité publique pour lui permettre de remplir la mission

(15) TC 6 novembre 1978, *Bernardi*, Leb., p. 652 ; TC 28 avril 1980, *Mme Girinon c. Hôpital psychiatrique, Société Marie de l'Assomption*, Leb., p.641, A.J.D.A. 1981, p. 158, note Y. Brard.

(16) Jurisprudence *Vinçot* précitée.

(17) CE 26 septembre 1986, *Ville de Metz c. Masson*, Leb., p. 536.

qui lui est confiée. Aussi bien, certains actes, sans mettre en œuvre des prérogatives de puissance publique, peuvent mettre en œuvre une certaine puissance privée (18) et leur non communicabilité pourrait être dommageable.

Il est même permis de penser que si le Conseil d'État a accepté de reconnaître ici un service public, c'était essentiellement afin de pouvoir se déclarer compétent et d'être alors en mesure d'étendre le champ de la communicabilité des actes émanant d'organismes privés tels que les associations qui constituent aujourd'hui un des modes de gestions privilégiés des services publics par les collectivités locales.

(18) J.-C. Vénézia, "Puissance publique, puissance privée", *Mélanges Eisenmann*, Paris, 1977, p. 363.

ANNEXE

CONSEIL D'ÉTAT - 20 JUILLET 1990

MM. Schneider, rapp. ; Pochard, c. du g. ; Mes Delvolvé et Ravanel, av.
Aff. : Ville de Melun et Association "Melun Culture Loisirs"
c/ M. Vivien et autres. - Req. n° 69867 et 72160

Arrêt

• Vu 1° sous le n° 69867, la requête et le mémoire complémentaire, enregistrés au secrétariat du contentieux du Conseil d'État les 26 juin 1985 et 28 octobre 1985, présentés pour la ville de Melun, représentée par son maire en exercice, à ce dûment habilité par une délibération en date du 13 mai 1985 ; la ville de Melun demande que le Conseil d'État :

- annule le jugement, en date du 26 avril 1985, en tant que, par celui-ci, le tribunal administratif de Versailles a annulé la décision de refus opposée par le maire de Melun à la demande de M. Vivien et autres tendant à ce que leur soient communiqués sur le fondement de la loi du 17 juillet 1978 les comptes de l'association "Melun Culture Loisirs" afférents aux exercices 1972 à 1983 ainsi que tous justificatifs correspondants ;
- rejette la demande présentée par M. Vivien et autres devant le tribunal administratif de Versailles ;

.....

Vu 2°, sous le n° 72160, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés au secrétariat du contentieux du Conseil d'État les 10 septembre 1985 et 10 janvier 1985, présentés pour l'association "Melun Culture Loisirs" dont le siège est à l'hôtel de ville de Melun, représentée par son président en exercice ; l'association "Melun Culture Loisirs" demande que le Conseil d'État :

- annule le jugement, en date du 5 juillet 1985, par lequel le tribunal administratif de Versailles a annulé la décision de refus opposée par le président de ladite association à la demande de M. Vivien et autres tendant à ce que leur soient communiqués les comptes des exercices 1972 à 1983 ainsi que tous justificatifs correspondants ;
- rejette la demande présentée par M. Vivien et autres devant le tribunal administratif de Versailles ;
- décide qu'il soit sursis à l'exécution du jugement attaqué ;

.....

Considérant que les requêtes de la ville de Melun et de l'association "Melun Culture Loisirs" sont relatives à des demandes tendant à la communication des mêmes documents ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Sur la requête de l'Association "Melun Culture Loisirs" ::

Considérant qu'aux termes de l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978, "sous réserve des dispositions de l'article 6, les documents administratifs sont de plein droit communicables aux personnes qui en font la demande, qu'ils émanent des

administrations de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics ou des organismes, fussent-ils de droit privé, chargés de la gestion d'un service public";

Considérant, d'une part, qu'il ressort des pièces du dossier que l'association "Melun Culture Loisirs" a été créée par la ville de Melun en vue de "coordonner les efforts de toutes personnes physiques et morales pour l'animation culturelle de Melun" et est chargée de la gestion des centres de loisirs et des garderies, ateliers et clubs communaux ainsi que de diverses autres missions en matière culturelle et socio-éducative; que pour l'exercice de ces missions elle perçoit des aides de la ville qui constituent plus de la moitié de ses recettes et représentent la quasi-totalité des dépenses de la ville dans le domaine culturel et socio-éducatif; que l'association bénéficie aussi d'aides indirectes sous la forme de mises à disposition gratuite de locaux et de personnel communaux; que ladite association dont le maire était président de droit jusqu'en 1983 et dont le conseil d'administration comporte une majorité de conseillers municipaux siégeant pour la plupart en cette qualité doit, dans ces conditions, être regardée, alors même que l'exercice de ses missions ne comporterait pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, comme gérant sous le contrôle de la commune, un service public communal et figure ainsi au nombre des organismes mentionnés à l'article 2 précité de la loi du 17 juillet 1978;

Considérant, d'autre part, que les comptes de l'association "Melun Culture Loisirs" qui retracent les conditions dans lesquelles elle exerce les missions de service public qui sont les siennes présentent par leur nature et leur objet le caractère de documents administratifs;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'association "Melun Culture Loisirs" n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué en date du 5 juillet 1985, le tribunal administratif de Versailles a annulé la décision par laquelle son président a rejeté la demande de MM. Vivien, Laplace et Bodin tendant à ce que ses comptes des exercices 1972 à 1983 ainsi que tous justificatifs correspondants leur soient communiqués;

Sur la requête de la ville de Melun :

Considérant que si, aux termes de l'article L. 221-8 du Code des Communes : "Tous groupements, associations, œuvres ou entreprises qui ont reçu dans l'année en cours une ou plusieurs subventions sont tenus de fournir à l'autorité qui a mandaté la subvention une copie certifiée conforme de leurs budgets ou de leurs comptes de l'exercice écoulé ainsi que tous documents faisant connaître les résultats de leur activité", aucune disposition législative ou réglementaire n'autorise les communes à disposer à l'égard de tiers des documents qui leur ont été fournis en application de ces dispositions; qu'ainsi la ville de Melun était tenue de rejeter la demande de MM. Vivien, Laplace et Bodin tendant à ce que les comptes de l'association "Melun Culture Loisirs" leur soient communiqués; que la ville de Melun est par suite fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, en date du 26 avril 1985, le tribunal administratif de Versailles a annulé le refus opposé à cette demande;

Décide :

Art. 1er : La requête de l'association "Melun Culture Loisirs" est rejetée.

Art. 2 : Le jugement du tribunal administratif de Versailles, en date du 26 avril 1985, en tant qu'il a accueilli la demande de MM. Vivien, Laplace et Bodin enregistrée sous le n° 848-619 et tendant à l'annulation du refus de communication opposé par le maire de Melun est annulé. Ladite demande est rejetée.

**LA DIFFICILE MISE EN ŒUVRE
DE LA THÉORIE DES SUJÉTIONS
IMPRÉVUES**

NOTE

SOUS CONSEIL D'ÉTAT,

5 DÉCEMBRE 1990,

SOCIÉTÉ RAPETTO, REQUÊTE N° 63.063 (1)

Par

Catherine MÉRENTIER

*A.T.E.R. au Groupe d'Études et de Recherches sur la Justice
Constitutionnelle - Université d'Aix-Marseille III*

(1) Arrêt publié en Annexe.

L'arrêt du Conseil d'État du 5 décembre 1990 présente un double intérêt. D'une part, il montre la difficile mise en œuvre de la théorie des sujétions imprévues et constitue l'un des rares arrêts traitant de la question. D'autre part, il laisse transparaître une difficulté supplémentaire, celle de concilier cette théorie avec le développement de la prévention du risque du sol devenue essentielle en matière de droit de la construction.

Un marché de travaux publics a été passé entre la ville de Marseille et la société Rapetto aux fins de réaliser la desserte sanitaire d'un quartier de la ville. L'entrepreneur, maître d'œuvre, se heurte à des difficultés matérielles qui entraînent un coût supplémentaire dont il demande le règlement en première instance devant le tribunal administratif de Marseille. Un jugement rendu le 4 juillet 1984 rejette la demande d'indemnité fondée sur la survenance de sujétions imprévues.

Le Conseil d'État saisi avant l'entrée en vigueur de la loi du 31 décembre 1987 prévoyant notamment en matière de plein contentieux, la compétence en appel des cours administratives d'appel nouvellement créées, se prononce en appel du jugement.

Plus de six ans après le jugement de première instance, le Conseil d'État rend sa solution par un arrêt du 5 décembre 1990 qui retient ici notre attention.

Cet arrêt est fort laconique. Se prononçant à son tour sur la possibilité pour l'entrepreneur de se voir indemnisé sur le fondement de la théorie des sujétions imprévues, le Conseil d'État confirme la solution du tribunal administratif de Marseille, le caractère exceptionnel et imprévisible que devraient revêtir les difficultés rencontrées dans l'exécution du marché n'étant pas vérifié.

Le vocabulaire utilisé appelle cependant quelques remarques même si en la matière certaines ambiguïtés sont fréquentes (2).

En effet, il s'agit d'après les termes de l'arrêt, d'une indemnisation des travaux supplémentaires résultant de la survenance de sujétions imprévues. Or, la notion de travaux supplémentaires ne semble pas être visée ; elle recouvre une signification précise qui se distingue de la notion de sujétions imprévues.

Les travaux supplémentaires représentent les travaux exécutés en supplément de ceux initialement prévus par le contrat, leur coût devant être acquitté. En revanche, le recours à la théorie des sujétions imprévues permet d'obtenir le paiement du coût réel des travaux initialement prévus et dont la réalisation s'est avérée plus onéreuse.

La possibilité de percevoir le juste prix, objectif commun aux deux notions, ne repose pas sur le même fondement juridique. Son octroi est lié à des considérations distinctes.

Les travaux supplémentaires s'intègrent dans le déroulement de relations contractuelles. Bien qu'elles dépassent les relations contractuelles initialement déterminées, elles conservent une nature contractuelle. Cependant le consentement mutuel des parties source du contrat malgré les atténuations

(2) C.E. 26 janvier 1977, S.A.R.L. Tècres, Quot. jur. 4 juin 1977. C.E. 22 décembre 1976, Depussé, p. 575.

qu'impose généralement le droit administratif, souffre en ce cas de plus notables exceptions.

Pour admettre l'indemnisation le juge recherchera si les travaux, à défaut d'avoir été ordonnés constituent des travaux nécessaires à la bonne exécution du marché (3).

Cette restriction rend fluctuante la distinction que l'on peut établir entre les cas dans lesquels on peut invoquer les travaux supplémentaires et ceux dans lesquels on a recours à la théorie des sujétions imprévues. Certes dans cette dernière hypothèse, c'est l'exécution même du travail qui nécessite des moyens supplémentaires. Mais il est clair que seule une appréciation au cas par cas des travaux en cause permettra de déterminer s'ils sont supplémentaires ou s'ils entrent dans l'exécution même du travail initialement prévu.

Dans le cas où le maître de l'ouvrage n'a pas ordonné les travaux, le choix entre les deux notions peut se poser. Et ceci est accentué par le fait qu'en matière de sujétions imprévues, toutes les mesures destinées à surmonter les difficultés ont, du fait de la gravité de la situation, le caractère d'absolue nécessité (4) également nécessaire en matière de travaux supplémentaires exécutés sans ordre (5).

Cependant, le seul problème abordé par l'arrêt est celui de savoir si, dans l'espèce présentée, la théorie des sujétions imprévues pouvait être mise en œuvre conformément aux prétentions du requérant.

L'expression "travaux supplémentaires" est donc utilisée dans une acception courante et non en référence à la notion juridique qui s'y attache parfois (6).

Le domaine des travaux publics est le domaine de prédilection de l'application de la théorie des sujétions imprévues (7). L'arrêt ne présente donc aucune particularité sur ce point; il est le prolongement d'une jurisprudence constante en vertu de laquelle le Conseil d'État a déterminé les conditions de mise en œuvre de la théorie des sujétions imprévues. Deux conditions ont essentiellement été dégagées : d'une part, les difficultés rencontrées doivent être d'ordre matériel, d'autre part, ces difficultés doivent présenter un caractère anormal et imprévisible (8). Le Conseil d'État a en l'espèce appliqué cette jurisprudence. Il a, en effet décidé que la composition du sol, alléguée par l'entrepreneur comme ayant constitué une sujétion imprévue, ne présente ni un caractère exceptionnel étant donné la dureté de la roche, ni un caractère imprévisible étant donné la connaissance que pouvait avoir l'entrepreneur du terrain, ce dernier point fut exprimé en ces termes: "... ni imprévisible eu égard à la composition géologique des terrains de la région de Marseille que

(3) C.E. 27 mars 1985 Office public départemental d'habitation à loyers modérés de Haute-Savoie c/ Entreprise Caporale n° 31238, R.D.P. 1985, F. Llorens p. 1704.

(4) J. Georgel, L'exécution du contrat administratif, Jurisclasseur administratif, Fasc. 512, § 130.

(5) *ibid*, § 145.

(6) J. Dufau, Jurisclasseur administratif n° 6, Fasc. 521, § 104 et s..

(7) De nombreux auteurs s'accordent à dire que le champ d'application de la théorie de l'imprévision dépasse le domaine des travaux publics, d'autres contrats pouvant donner lieu à des difficultés d'exécution d'ordre matériel. En ce sens, voir notamment : A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, Traité des contrats administratifs, L.G.D.J. 1984, t.II, p. 499.

(8) C.E. 29 mars 1985, société française de travaux publics Fougerolle, n° 26676 et 26677, R.D.P. 1985, F. Llorens, p. 1702.

l'entrepreneur ne pouvait ignorer ;". Le Conseil d'État refuse de reconnaître l'imprévisibilité de la difficulté rencontrée d'une façon claire mais rapide.

La lecture de l'arrêt fait apparaître pour l'entrepreneur une présomption de connaissance de la composition du sol de la région dans laquelle il a l'habitude de travailler. Or, la connaissance du sol présente dans le droit de la construction privée comme publique, un problème épineux source de nombreux litiges et qui a abouti à l'élaboration d'une certaine réglementation des risques du sol (9).

La prévention du risque du sol fait peser sur le maître de l'ouvrage et sur le maître d'œuvre des obligations dont il nous paraît intéressant d'envisager les implications sur l'éventuelle mise en œuvre de la théorie des sujétions imprévues. Ce point présente d'autant plus d'intérêt que le risque du sol constitue l'une des difficultés matérielles les plus fréquentes, susceptible de constituer une sujétion imprévue (10).

Le Conseil d'État, étant donné les termes de la requête, n'a pas eu à se prononcer sur cet aspect du problème. Il a axé sa décision sur la mise en œuvre de la théorie des sujétions imprévues laissant ainsi apparaître la constance de sa jurisprudence. Nous aborderons, dans un premier point, le fondement juridique de la théorie des sujétions imprévues et les conditions requises pour la mettre en œuvre. Puis, nous envisagerons quelle est l'incidence de la prévention des risques du sol lorsque la difficulté matérielle constitutive d'une sujétion imprévue résulte d'une mauvaise évaluation, inévitable ou non, de tels risques.

- I -

L'arrêt du Conseil d'État du 5 décembre 1990 révèle une jurisprudence constante en matière de sujétions imprévues (11) En effet, la jurisprudence antérieure du Conseil d'État a précisé les règles de mise en œuvre de la théorie des sujétions imprévues dont nous verrons qu'elles ont été appliquées en l'espèce après nous être penché sur le fondement juridique de cette théorie qui soulève des interrogations doctrinales demeurées aujourd'hui sans réponse et que l'arrêt n'a pas éclairées.

Divers fondements ont été attribués à la théorie des sujétions imprévues par la doctrine. Trois fondements peuvent être recensés: la commune intention des parties, l'idée de responsabilité et enfin, l'idée d'équité (12). Les deux premiers fondements avancés (13) trouvent une importante limite dans l'incertitude qu'il y a à considérer que les sujétions imprévues s'intègrent dans la relation contractuelle en cause. Sous la plume de M. Waline nous trouvons

(9) J. Catz, *Les constructeurs et le risque du sol*, éd. du Moniteur, 1985.

(10) C.E. 30 juin 1976, S.E.M. d'équipement de la ville d'Aix-en-Provence, Rec. p. 993 ; C.E. 12 mai 1982, Société des autoroutes Paris Rhin-Rhône, Rec. p. 668 ; C.E. 27 mars 1985, M. Voisin, n° 5952, R.D.P. 1985, p. 1702.

(11) C.E. 23 mai 1962, Société havraise de constructions terrestre et maritime, A.J.D.A. 1963 p. 34 ; C.E. 29 mars 1985, Société française de travaux publics Fougerolle, R.D.P. 1985, p. 1702.

(12) X. Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle et administrative françaises*, Economica 1990, p. 289.

(13) Successivement par G. Jèze, "Principes généraux du droit administratif", t. 5 p. 691 et G. Péquignot, anc. Fasc. 515, *Jurisclasseur administratif* n° 108.

la référence faite aux "sujétions imprévues ou extra-contractuelles" (14), Cette opinion semble être confirmée par le fait que l'une des conditions habituellement nécessaires pour obtenir une indemnité pour sujétions imprévues est au premier chef l'extériorité de l'événement, les circonstances devant être extérieures aux parties (15). Cependant l'utilisation fréquente par le Conseil d'État du terme d'"indemnité" n'est pas sans rappeler la notion de responsabilité. Le Conseil d'État a, en outre, précisé que "l'indemnité qui a été accordée au cocontractant, non pour charges extracontractuelles résultant pour lui d'une situation d'imprévision, mais pour réparer les conséquences onéreuses des sujétions imprévues et des conséquences de force majeure rencontrées dans l'exécution des travaux, doit couvrir en l'absence de faute relevée à la charge du cocontractant, l'ensemble du préjudice subi" (16). Le développement de la responsabilité sans faute de l'administration permettrait de plus de considérer qu'il n'y a pas d'obstacle à ce qu'un fait qui lui est extérieur l'engage néanmoins sur le terrain de la responsabilité.

La distinction qu'il convient généralement d'établir entre la sujétion imprévue et le travail supplémentaire repose essentiellement, et il est intéressant de le remarquer, sur le fait que la première intéresse l'exécution du travail initialement prévu au contrat alors que le second concerne l'exécution d'un travail non prévu initialement (17). Les sujétions imprévues s'insèrent donc dans les relations contractuelles. L'idée d'une mise en cause de la responsabilité de la personne publique, maître de l'ouvrage, reste cependant un fondement incertain. En effet, la raison d'être de l'indemnité nous paraît devoir être analysée. L'entrepreneur qui voit sa charge augmenter au cours de l'exécution du travail subit effectivement le préjudice que lui cause l'engagement d'un coût supplémentaire auquel il n'avait pas prévu de faire face. Cependant l'on peut voir une différence entre le paiement d'une somme supplémentaire permettant de couvrir les frais nés de la volonté de réussir, malgré des difficultés d'exécution, le travail prévu au contrat et l'indemnité due au titre d'un préjudice affectant l'entreprise. Dans cette dernière hypothèse, il s'agirait d'une compensation alors que dans le premier cas l'entreprise est rémunérée pour avoir exécuté un travail qui malgré son caractère imprévu participe à l'accomplissement du travail prévu au contrat. Seule la rémunération du travail est affectée par la survenance d'une sujétion imprévue. Certains auteurs favorables à l'idée d'équité, troisième fondement possible à la théorie des sujétions imprévues, y décèlent une exception au principe de l'immutabilité du prix dans les marchés publics (18).

Le prix est l'un des éléments fondamentaux du marché, les modifications susceptibles de l'atteindre intéressent donc au premier chef les relations contractuelles. L'intégration des cas de sujétions imprévues au déroulement du contrat n'implique donc pas exclusivement l'idée de responsabilité. La porte reste ouverte à d'autres fondements juridiques pouvant justifier l'obligation mise à la charge de l'administration dans l'hypothèse où le juge reconnaît

(14) M. Waline, "L'évolution récente des rapports de l'État avec ses co-contractants", R.D.P. 1951, p. 27.

(15) J. Dufau, *Le droit des travaux publics*, t. 1, éd. du Moniteur, p. 181.

(16) C.E. 2 décembre 1964, Port autonome de Bordeaux, n° 58945, Rec. Table p. 936.

(17) A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J. 1984, p. 502.

(18) *ibid*, p. 505.

le bien-fondé de la mise en œuvre de la théorie des sujétions imprévues, du paiement d'une somme d'argent égale aux frais engagés par le cocontractant.

Il est cependant difficile, quel que soit le fondement que l'on accorde à ce paiement, de se situer en dehors des relations contractuelles qu'entretiennent les parties concernées. Bien que les sujétions imprévues soient par hypothèse extérieures aux parties, elles n'en demeurent pas moins liées à l'accomplissement du travail tel que défini par le contrat. Le fait des parties serait d'ailleurs beaucoup plus problématique à l'égard du contrat puisque le maintien de ce dernier n'est rendu possible que par la reconnaissance au profit des personnes publiques d'un pouvoir exorbitant de modification unilatérale des contrats, prohibé dans les relations régies par le droit privé. Une sujétion imprévue n'est pas imputable aux parties. Celles-ci devront y faire face de concert et il paraît normal, au titre de l'équité, que le bénéficiaire des travaux en paie le prix.

Le Conseil d'État, protecteur des deniers publics, doit cependant veiller à ce que le titulaire du marché ne profite pas de la solvabilité de l'administration. Il peut paraître facile à une entreprise d'invoquer une situation imprévue pour obtenir réparation de sa propre négligence.

C'est pourquoi, le Conseil d'État veille-t-il à ce que les conditions de mise en œuvre de la théorie des sujétions imprévues soient réunies. C'est essentiellement la question qu'il a traitée en l'espèce.

Les conditions de mise en œuvre de la théorie des sujétions imprévues ont été définies par la jurisprudence du Conseil d'État. Outre le fait qu'elles doivent être extérieures aux parties (19), les circonstances invoquées doivent être imprévisibles lors de la conclusion du contrat (20), Le Conseil d'État se montre sévère sur l'application qu'il fait de sa propre jurisprudence aux circonstances qui sont soumises à son appréciation (21).

Elles doivent également présenter un caractère anormal (22). Cette jurisprudence montre le rapprochement qu'il existe entre la théorie de l'imprévision et celle des sujétions imprévues. La seule différence notable réside dans le fait que les sujétions imprévues ne concernent que les difficultés matérielles. Mais rien n'empêche d'invoquer la théorie de l'imprévision pour des difficultés de même nature. L'obligation supplémentaire exigée en cas de marché forfaitaire et qui conduit le Conseil d'État à n'admettre l'indemnisation pour sujétions imprévues qu'en cas de bouleversement de l'économie du contrat est une illustration intéressante de la confusion que l'on peut faire entre les deux théories (23).

L'arrêt du 5 décembre 1990 se situe dans la ligne jurisprudentielle classique du Conseil d'État. Sa rédaction concise laisse une importante marge de manœuvre au juge dans l'évaluation de l'imprévisibilité. Il est, en effet, simplement précisé que l'entrepreneur ne pouvait ignorer la composition géologique des terrains de la région de Marseille. Cette référence géographique en relation certaine avec le lieu d'installation de la société, semble mettre une obligation professionnelle à la charge de tout entrepreneur qui consisterait en

(19) J. Dufau, *Le droit des travaux publics*, t. 1, éd. du Moniteur, p. 181.

(20) C.E. 21 juillet 1937, ville de Carcassonne, Rec. p. 754.

(21) C.E. 29 mars 1985, Société française de travaux publics Fougerolle, n° 026676 et 26677, R.D.P. 1985, p. 1702.

(22) J. Dufau, *op. cit.*, p. 183.

(23) C.E. 12 mai 1982, Société des travaux publics et bâtiments THEG, n° 23340, R.D.P. 1983, p. 237.

une connaissance minimale qu'il lui conviendrait d'avoir dans le cadre de l'activité de l'entreprise concernée. Pourtant, la raison pour laquelle le caractère imprévisible de la circonstance invoquée n'avait pas à être reconnu pouvait ressortir du fait rappelé par le Tribunal administratif de Marseille (24).

En effet, il ressort du jugement de première instance que des sondages avaient été effectués par la ville de Marseille aux fins d'évaluer correctement les risques du sol. Mais cette circonstance n'est pas révélée dans l'arrêt du Conseil d'Etat. Sans doute cela tient-il au fait que la composition du sol ne présentait pas d'anomalie eu égard à la composition géologique à laquelle on pouvait normalement s'attendre en ce lieu géographique.

La circonstance invoquée doit, en effet, pour constituer une sujétion imprévue, présenter une certaine anomalie. Les difficultés rencontrées doivent excéder les aléas normaux du marché (25).

En l'espèce, la dureté de la roche ne présente pas un caractère exceptionnel. L'entrepreneur doit donc s'attendre à faire face aux types de roches que l'on peut rencontrer dans une région déterminée. Cependant les difficultés qui en résultent doivent demeurer dans certaines limites. Ainsi une clause du contrat qui prévoirait que le prix du marché "tiendrait compte de toutes les sujétions et circonstances d'ordre local et géographique, de la nature du terrain" n'excluerait pas la possibilité d'invoquer une sujétion imprévue (26).

Le juge reste néanmoins sévère quant à la reconnaissance du caractère exceptionnel de la circonstance (27). Il est vrai, et l'affaire présente en témoigne, qu'il est des situations dans lesquelles cette sévérité permet de protéger l'administration du comportement téméraire de ses cocontractants.

La prévention du risque du sol qui transparait dans l'arrêt est sur ce point fort intéressante en ce qu'elle limite les cas de sujétions imprévues.

- II -

En droit de la construction, s'est développée l'obligation faite au maître de l'ouvrage et au maître d'œuvre de prendre en considération les risques du sol en effectuant les investigations nécessaires à sa détermination et en adoptant les méthodes de construction adéquates.

Les vices du sol sont souvent sources de complications ; à ce titre, ils peuvent, faute d'avoir été prévus, entraîner un coût supplémentaire lors de la réalisation du marché.

L'entrepreneur, victime d'un surcoût, tente d'obtenir le juste prix du travail effectué, que le marché soit public ou privé. Mais, dans le cadre du droit public, les règles de passation des marchés sont strictement déterminées et doivent être prises en considération dans la résolution d'un éventuel litige. L'entrepreneur se plaindra de ne pas avoir pu prévoir le coût réel du marché du fait de la survenance en cours d'exécution d'un vice du sol. L'arrêt commenté illustre cette situation qui conduit à confronter la théorie des sujétions imprévues aux risques du sol.

(24) T.A. 4 juillet 1984, Aff. Rapetto c/ ville de Marseille.

(25) C.E. 24 juillet 1935, Boussiron, Rec. p. 888.

(26) C.E. 30 juin 1976, Société d'économie mixte d'équipement de la ville d'Aix-en-Provence, Table p. 933.

(27) C.E. 2 juillet 1982, *Le moniteur des travaux publics et du bâtiment* du 4 février 1983, p. 89.

Deux conséquences du développement de la prévention de ces risques apparaissent alors.

La première est une limitation à la reconnaissance du caractère imprévisible des vices du sol, indispensable à la mise en œuvre de la théorie des sujétions imprévues. La seconde est la difficulté qui apparaît à modifier le fondement d'une éventuelle indemnisation notamment en recourant à la notion de "travaux supplémentaires". Les autres théories permettant l'indemnisation du cocontractant, imprévision ou force majeure, nécessitant également l'imprévisibilité des circonstances, ne peuvent être envisagées ici.

Le risque du sol doit être prévenu. Une répartition des obligations entre le maître de l'ouvrage et le maître d'œuvre doit être respectée. Elle s'opère de la façon suivante (28) : le maître de l'ouvrage doit faire effectuer les reconnaissances nécessaires et il appartient au maître d'œuvre de les définir, d'en interpréter les résultats et d'en tenir compte. Le Conseil d'État sanctionne la négligence du maître d'œuvre dans le cadre des marchés publics comme les tribunaux civils le font en matière de contrats privés (29)

Or, il ressort du jugement du Tribunal administratif de Marseille que des sondages ont bien été effectués à la demande de la ville.

En revanche, l'entrepreneur n'a visiblement pas tenu compte des sondages qui avaient été effectués. Il est également intéressant de remarquer que le prix proposé par la ville sur la base de ces investigations aurait couvert les frais engagés (30). Dès lors l'étude menée s'avère correcte encore que dans le cas contraire, il aurait appartenu à l'entrepreneur de demander à la ville de la compléter (31), un refus de cette dernière pouvant, par ailleurs, constituer une faute.

Les obligations mises à la charge de chacune des parties sont susceptibles d'engager leur responsabilité respective. Mais, nous ne nous placerons pas dans cette hypothèse qui couvre essentiellement les désordres affectant les constructions dans le cadre du contrat mais aussi dans la mise en œuvre de la responsabilité décennale du maître d'œuvre.

En revanche, la prévention du risque du sol peut affecter le caractère imprévisible de certaines situations. L'une des circonstances la plus fréquemment invoquée en matière de sujétions imprévues est assurément celle qu'illustre l'arrêt : la survenance d'un problème de sol (32). C'est en ce que le risque du sol doit être prévenu, que sa confrontation avec la théorie des sujétions imprévues est intéressante.

(28) J. Catz, "Le maître d'œuvre et le risque du sol", chr., CJEG 1981 n° 359 et 360, notamment p. 76.

(29) *ibid.*, p. 67 et s.

(30) T.A. de Marseille, 4 juillet 1984 : n° 82 3403 : "...que d'ailleurs la ville de Marseille avait évalué le coût des travaux proposés à 2 940 000 F sur la base des sondages qu'elle avait effectués ; ...que par suite elle n'est pas fondée à demander la condamnation de la ville de Marseille à l'indemniser d'un surcoût des travaux d'ailleurs voisin de celui de son rabais, dont elle n'établit pas qu'ils présentaient un caractère imprévisible".

(31) Il revient en effet au maître d'œuvre de prescrire les investigations nécessaires : C.E. 23 novembre 1966, Collinet, A.J.D.A. 1967 p. 432 ; C.E. 30 juin 1971, Gianni, Table p. 1110.

(32) C.E. 30 juillet 1948, min. des armées, Rec. p. 359 ; C.E. 30 juin 1976, S.E.M. d'équipement de la ville d'Aix-en-Provence, Rec. p. 992 ; C.E. 22 décembre 1976, Depussé, Rec.p. 575.

En effet, le maître d'œuvre ne pourra se prévaloir d'une sujétion imprévue due à l'état du sol que dans la mesure où il a accompli toutes les obligations qui lui sont dévolues dans la prévention du risque du sol.

Le non accomplissement de l'une de ses obligations est constitutif d'une faute qui lui interdit de bénéficier d'une indemnité pour sujétions imprévues (33). L'accomplissement correct de ses obligations aurait eu pour effet de rendre prévisible le problème rencontré. On ne peut donc parler véritablement d'une exonération pour fait du requérant, à l'instar des règles relatives à la responsabilité, mais de la disparition du caractère imprévisible de la circonstance alléguée.

La prévention du risque du sol n'exclut cependant pas totalement la survenance d'un phénomène imprévisible d'une anormale gravité.

Dans l'hypothèse où la découverte d'une anomalie aurait nécessité une investigation trop onéreuse par rapport au marché en cause (34), il pourrait survenir un événement grave resté imprévu. De même, le bénéficiaire d'une indemnité pour sujétions imprévues est laissé au cocontractant de l'administration dans l'hypothèse où cette dernière l'aurait empêché d'accomplir les obligations qui lui incombent au titre de la prévention du risque du sol (35).

Mais la situation que laisse présager l'affaire Rapetto soulève un problème plus général. En effet, il ressort du jugement de première instance que la société a proposé un rabais très important de 40% par rapport au prix évalué par la ville (36). L'entrepreneur disposant de tous les éléments lui permettant d'évaluer le risque qu'il encourt, doit en assumer les conséquences. Lui reconnaître le bénéfice d'une indemnité dans ce cas, fausserait la concurrence requise en matière de passation des marchés publics.

En effet, pour emporter le marché, le cocontractant pourrait se permettre de proposer un prix très bas avec l'espoir d'obtenir par le biais de la mise en œuvre de la théorie des sujétions imprévues, le paiement du coût réel des travaux. La jurisprudence actuelle du Conseil d'État freine cette attitude audacieuse et dangereuse.

Mais, que penser de l'attitude de la personne publique qui, consciente des travaux nécessaires à la réalisation de l'ouvrage passe un marché à un prix visiblement trop bas. On ne peut reprocher à l'administration de contracter à bas prix. La possibilité qui lui est désormais acquise de contracter par le système de l'appel d'offre lui permettant de privilégier la qualité du travail proposé sur le prix, est une faculté qui lui est offerte mais qui ne peut constituer à son égard une obligation. Aucun aménagement apporté dans un but analogue au système de l'adjudication (37) ne peut de la même façon obliger l'administration à écarter certaines propositions. En cas d'adjudication, la volonté d'écarter un prix trop bas jugé aberrant a même été sanctionné par le

(33) C.E. 20 octobre 1962, Société havraise de construction terrestre et maritime, A.J.D.A. 1963, p.24 ; C.E. 22 juillet 1977, Société entreprise Truchet, R.D.P. 1978 p. 1484.

(34) J. Catz, op. cit. p. 59.

(35) C.E. 12 mai 1982, Société des autoroutes Paris Rhin-Rhône.

(36) T.A., précité : "Cons. que si la société ...qui s'est vu attribuer le marché, a proposé un rabais de 40,8% cette sous-estimation révèle en elle même un défaut de prévision ...elle n'est pas fondée à demander à la ville...(de) l'indemniser d'un surcoût ...d'un montant ...voisin de celui de son rabais...".

(37) M. Waline, "L'évolution récente des rapports de l'État avec ses cocontractants", R.D.P. 1951, p. 16.

juge administratif (38). Il revient donc à la personne publique de choisir le mode de passation des marchés qui lui permettra de veiller à la qualité des prestations fournies, mais elle ne peut y être contrainte.

Les faits de l'espèce montrent que la difficulté s'est portée sur l'extraction de la roche. Or, cette extraction, quels que soient les problèmes que pose sa réalisation devait être exécutée pour permettre la mise en place de la desserte sanitaire, objet du contrat. Il s'agit donc d'une difficulté dont la résolution est indispensable à l'accomplissement du marché mais d'autres difficultés sont à envisager. En effet, il peut advenir que la prise en considération d'un vice du sol n'empêche pas la réalisation de l'ouvrage mais nécessite une réalisation plus soignée et donc plus onéreuse afin qu'il puisse répondre à sa destination.

Dans cette hypothèse, la passation du marché à perte aurait une incidence directe sur l'exécution correcte de celui-ci, l'entreprise pouvant dissimuler sa négligence. L'entrepreneur pourrait alors se voir engagé sur le terrain de la responsabilité avec les atténuations que peut engendrer l'attitude du maître de l'ouvrage dans l'accomplissement de ses propres obligations nées de la prévention du risque du sol (39).

Mais, l'entreprise désireuse de prendre en considération le risque du sol afin d'éviter un litige ultérieur, peut-elle se voir indemnisée ?

Le risque encouru étant par hypothèse connu ou susceptible de l'être, l'entreprise ne peut alléguer un cas de sujétion imprévue. En l'espèce, le Conseil d'État confirme cette impossibilité. La prévention du risque du sol constitue une importante limitation à la mise en œuvre de la théorie des sujétions imprévues.

La société, titulaire du marché, pourra demander la rémunération des travaux supplémentaires effectués pour pallier le vice du sol (40) ; le paiement du coût des travaux nécessaires apparaissant comme une obligation contractuelle ordinaire du maître de l'ouvrage. Cette dernière hypothèse aurait-elle pu être envisagée dans l'affaire Rapetto ?

A l'évidence, le travail litigieux fourni par la société était indispensable à l'exécution du marché, il a donc pu être valablement exécuté sans ordre (41). Il est plus délicat de déterminer s'il constitue un "travail supplémentaire". Il ne semble pas que l'on puisse dissocier l'extraction des roches, quel que soit son degré de difficultés, de l'exécution du travail objet du marché, il s'agit donc bien d'apporter une réponse à une difficulté rencontrée dans l'exécution même du contrat et non une amélioration dans l'exécution du marché (42). En l'espèce, il est évident que le surcoût résulte de l'exécution même du marché qu'il s'avère impossible de mener à moindre coût. Seule une sujétion imprévue aurait pu donner droit à une indemnité. Dans certaines hypothèses le travail supplémentaire perd de sa spécificité lorsque, exécuté

(38) C.E. 29 mars 1912, *Benech*, p. 458 ; C.E. 30 mai 1913, *Augiers et autres*, p. 602 ; C.E. 22 octobre 1958 *Gamberoni*, p. 494.

(39) C.E. 1er avril 1936, *Battie*, *Rec.* p. 436.

(40) C.E. 6 mars 1985, *Ville de Colombes c./ M. Pottier et autres*, n° 26810, R.D.P. 1985 p. 1704.

(41) C.E. 16 décembre 1981, *Société Établissements Jédelé*, R.D.P. 1983, p. 235 ; C.E. 27 mars 1985, *Office public départemental d'habitations à loyers modéré de Haute-Savoie c./ Entreprise Caporale*, n° 31238.

(42) A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs* L.G.D.J. 1984 T. II, p. 502.

sans ordre, il contribue à rendre l'ouvrage utilisable. Tel est le cas des travaux supplémentaires effectués sur les fondations d'un ouvrage pour pallier l'instabilité du sol. Le Conseil d'État admet l'indemnisation du cocontractant pour les travaux supplémentaires (43). Mais, il est à noter que si les travaux résultent de difficultés liées au sol, l'indemnité n'est perçue que si la société a été dans l'impossibilité de mener une étude correcte des risques encourus (44). Il apparaît donc une certaine corrélation entre la jurisprudence concernant les sujétions imprévues et celle élaborée en matière de travaux supplémentaires. En effet, un vice du sol, à la condition d'être anormal et imprévisible peut permettre à l'entrepreneur d'obtenir une indemnité pour sujétions imprévues couvrant intégralement les frais engagés. Mais, l'obligation faite aux acteurs de la construction de prévenir les risques du sol supprime le plus souvent le caractère imprévisible de la circonstance alléguée. Seul le recours à la rémunération des travaux supplémentaires reste ouvert. Des restrictions faites alors à l'obtention d'une indemnité trouvent leur fondement non seulement dans la définition même du travail supplémentaire, mais également dans l'attitude du cocontractant. La prévention du risque du sol intervient une nouvelle fois en interdisant à un entrepreneur négligent toute perception du paiement des travaux au même titre qu'elle le fait en matière de sujétions imprévues (45).

Le risque du sol devrait avoir pour effet de déplacer le fondement du paiement du surcoût d'un marché. Mais les conditions dans lesquelles l'entrepreneur peut se voir indemnisé du montant des travaux supplémentaires effectués dans cette hypothèse sont particulièrement strictes. Le travail exécuté, par hypothèse sans ordre, devra être indispensable; cette condition étant, dans le cas où nous nous plaçons, relativement facile à vérifier. En outre, le requérant devra s'être acquitté de toutes les obligations dues au titre du risque du sol, cette dernière condition étant par hypothèse difficilement remplie.

La solution rendue par le Conseil d'État dans l'affaire Rapetto n'est pas étonnante, il est à prévoir qu'il sera de plus en plus difficile compte tenu de l'importance que revêt la prévention des risques du sol et des moyens techniques permettant des investigations performantes et accessibles, d'invoquer un vice du sol à l'appui d'une demande d'indemnité pour sujétions imprévues.

(43) C.E. 6 mars 1985, Ville de Colombes c./ M. Pottier et autres, n° 26810, R.D.P. 1985, p. 1704.

(44) C.E. 6 mars 1985, précité.

(45) C.E.3 février 1975 Commune de Saint-Michel-de Maurienne, R.D.P. 1975, p. 1733.

ANNEXE

Le Conseil d'État - Section du Contentieux
5ème et 3ème sous-sections réunies

Société RAPETTO

5 décembre 1990 N° 63.063

Sur le rapport de la 3ème sous-section de la Section du Contentieux,

Vu la requête et le mémoire complémentaire, enregistrés au secrétariat du Contentieux du Conseil d'État le 4 octobre 1984, présentés pour la société RAPETTO la Société RAPETTO demande que le Conseil d'État annule le jugement du 4 juillet 1984 par lequel le tribunal administratif de Marseille a rejeté sa requête tendant ce que la ville de Marseille soit condamnée à lui payer la somme de 922 093,42 F révisée suivant le dernier indice contractuel et les intérêts moratoires, représentant le règlement des travaux supplémentaires résultant de difficultés imprévues rencontrées dans l'exécution du marché de réalisation de la desserte sanitaire de La Rosière ;

Vu le code des tribunaux administratif et des cours administratives d'appel ;

5 décembre 1990 N° 63.063

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 ;

Considérant que les sujétions imprévues rencontrées par une entreprise en exécution d'un marché public ne peuvent ouvrir droit à indemnité que si elles présentent un caractère exceptionnel et imprévisible qu'en l'espèce, il résulte de l'instruction que les sujétions que la Société RAPETTO a rencontrées dans l'exécution du marché qu'elle a passé avec la ville de Marseille pour la réalisation de la desserte sanitaire de La Rosière n'ont eu de caractère ni exceptionnel compte tenu de la dureté de la roche, ni imprévisible eu égard à la composition géologique des terrains de la région de Marseille que l'entrepreneur ne pouvait ignorer ; que la Société RAPETTO n'est, dès lors, pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Marseille a rejeté sa demande tendant à l'indemnisation des travaux supplémentaires qu'elle a du acquitter à la suite des sujétions susanalysées ;

DECIDE :

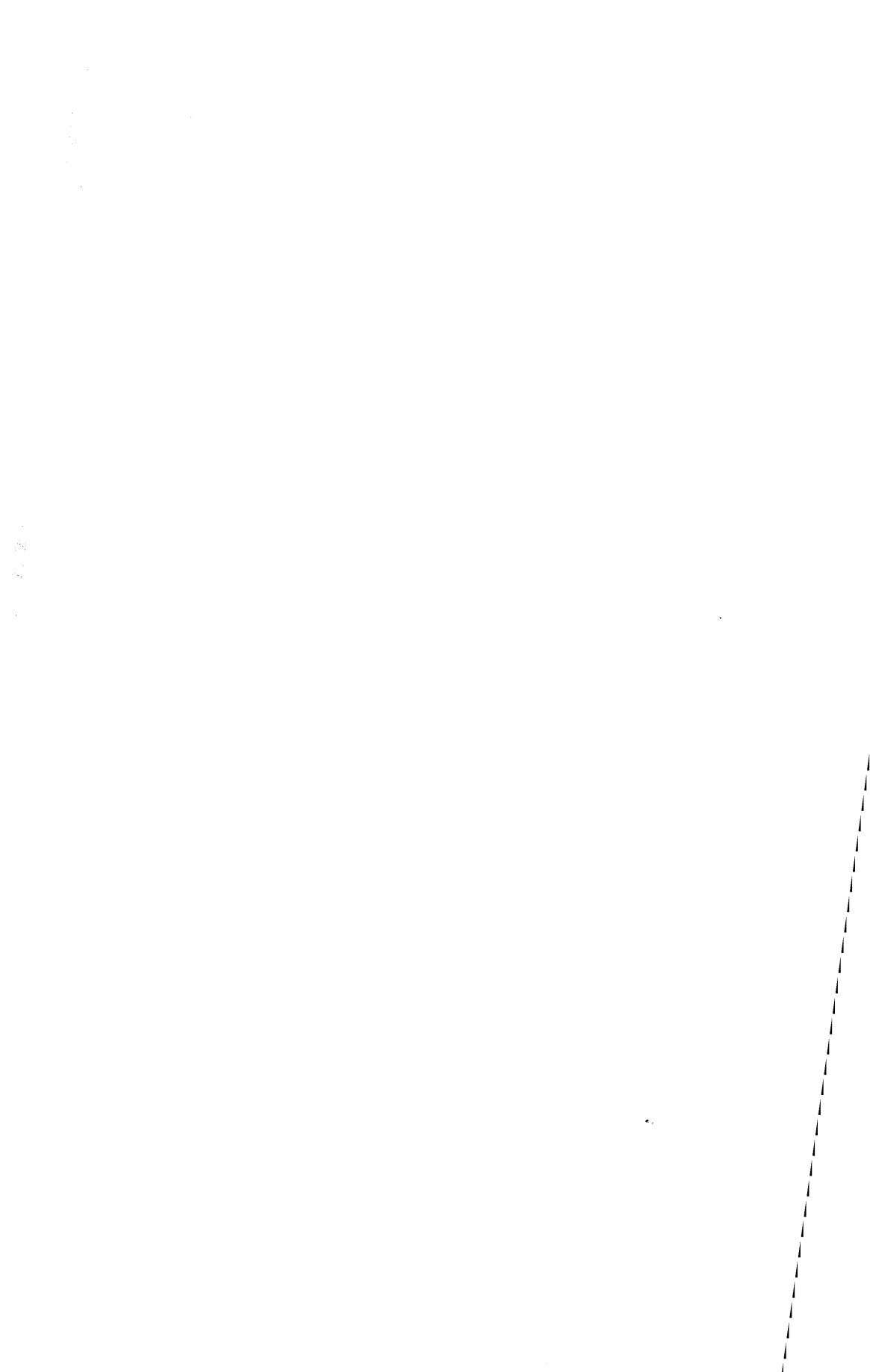
Article 1er : La requête de la société RAPETTO est rejetée.

R.R.J. 1991-2

Pages 489 à 570

- VI -

VARIÉTÉS



**DROIT ET SCIENCES
OCCULTES**



DEUXIÈME PARTIE

LE DROIT AUX SCIENCES OCCULTES (1)

Par

Marc BRUSCHI

(1) Première partie déjà parue dans la Revue de la Recherche Juridique 1991-1 p. 185 à 261.

SOMMAIRE

INTRODUCTION - R.R.J. 1991-1

1ÈRE PARTIE - LE DROIT DES SCIENCES OCCULTES - R.R.J. 1991-1

2ÈME PARTIE - LE DROIT AUX SCIENCES OCCULTES

Chapitre I - Expression d'une réalité sociale

Section 1 - Entretien F. Vasseur

Section 2 - Entretien Y.G

Section 3 - Entretien cabinet R

Chapitre II - Expression d'une liberté

Section 1 - La liberté d'embauche de l'employeur

§ 1 - Les méthodes utilisées en pratique: de l'esprit d'entreprise à l'esprit de l'entreprise

§ 2 - Les conséquences juridiques

Section 2 - La liberté religieuse

§ 1 - La protection de la liberté religieuse par la laïcité républicaine

A/ Les dispositions normatives

B/ L'application prétorienne

§ 2 - La protection de la liberté religieuse par les libertés de réunion et d'association

A/ La liberté de réunion

B/ La liberté d'association

1) Le régime juridique de l'association déclarée

2) Les limites de la liberté d'association

Conclusion de la 2ème partie

CONCLUSION GÉNÉRALE : Esprit es-tu là ? Droit es-tu là ?

GLOSSAIRE

94 - Tolérée dans une large partie par la justice, banalisée sociologiquement par les médias, la pratique des sciences occultes est aujourd'hui à la portée de presque n'importe qui. De moins en moins "occultes", ces sciences, à l'exception des dons à la naissance, font l'objet d'une vulgarisation ou d'un approfondissement par d'innombrables ouvrages, magazines, encyclopédies, jusqu'à des jeux de société, qui se proposent de dévoiler les techniques de divination ou de magie les plus anciennes comme les pouvoirs secrets qui sommeillent à l'intérieur de chaque individu. Comme l'écrivait M. Servier (2), à l'heure actuelle, les astrologues, les devins et les voyantes "sont plus nombreux qu'au temps de Babylone ou de Memphis, plus respectés qu'à Athènes et à Rome".

95 - Si le droit pénal réprime les agissements pécuniairement les plus dommageables et si le droit civil, notamment au nom de l'ordre public, ont une attitude plus que réservée à l'égard de ces activités, force est de constater que notre système juridique offre aussi parfois au monde de l'occulte et de l'étrange les moyens de son expression et de son développement. Parler de "droit aux sciences occultes" consisterait par conséquent moins à tenter d'affirmer l'apparition d'un "énième" droit subjectif que de montrer plutôt en quoi notre droit offre des espaces de liberté où peut se déployer la pensée occultiste préparant ainsi ses applications pratiques. Ainsi, à côté d'une professionnalisation croissante et relativement encore clandestine des praticiens de l'occulte, apparaît petit à petit un phénomène de juridicisation de nombreuses pratiques qui aurait été inimaginable au début du siècle.

96 - Occulte et religion. En effet, l'irrationnel dans sa dimension religieuse a pris un essor inconnu jusque là. A cet égard, la liberté de conscience ou de culte dont usent certaines "sectes" et l'objet de certaines associations consistant à divulguer à un large public des aspects de la pensée ésotérique montrent que le droit peut aussi être protecteur des sciences occultes comme toutes croyances.

97 - Occulte et entreprise. On note également dans le monde de l'entreprise, après l'apparition de sociétés commerciales de divination déjà envisagée (3), que des employeurs ont de plus en plus recours à des cabinets de recrutement de personnels et se servent de critères de sélection ayant trait à des sciences occultes (4). Ce faisant, l'employeur se borne à exercer sa liberté d'embauche et son pouvoir d'organisation de l'entreprise. Mais afin d'essayer de rendre compte de la complexité des rapports qu'entretiennent le droit et les sciences occultes, il nous a semblé nécessaire de joindre à une analyse des discours du droit (ensemble des différents textes juridiques et de la jurisprudence en la matière), une enquête monographique effectuée sur le terrain dont le but était de décrire les pratiques des intéressés eux-mêmes pour mieux dé-

(2) J. Servier, *"L'homme et l'invisible"*, éd. R. Laffont 1964, p. 349, la situation en 1990 est allée dans le sens d'une augmentation de leur nombre et d'une reconnaissance sociale encore plus grande. Cf supra n° 4 et s.

(3) Cf supra n° 46.

(4) Les dossiers du Canard, op. cit., p. 11 et s. sur l'astrologie d'entreprise, p. 75 et s. sur la tarologie.

gager les discordances, les ressemblances entre le droit posé et la réalité vécue.

C'est pourquoi, il convient de rendre compte de cette petite enquête dans la région d'Aix - Marseille avant d'envisager comment les sciences occultes se manifestent en tant qu'expression d'une liberté.

CHAPITRE I - EXPRESSION D'UNE RÉALITÉ SOCIALE

Durant cette enquête, nous avons suivi un plan de questions à poser auprès de nos interlocuteurs que nous présenterons sommairement après avoir dit quelques mots sur la méthodologie de sa préparation et de son déroulement.

98 - Méthodologie de l'enquête. L'enquête monographique s'est déroulée du mois de décembre 1989 jusqu'au mois de mai 1990. Un journaliste de la station FR3, producteur d'une émission de télévision sur l'irrationnel dans le sud de la France, avait lui-même fait un reportage et divers entretiens sur notre sujet (5). Sur la base d'une rencontre avec lui et du visionnage de la cassette, de nombreuses informations, adresses furent utiles à la bonne marche de l'enquête. Il ne fut donc pas difficile par la suite de rentrer en contact avec des praticiens que des amis et de l'entourage également me signalaient.

Le fait d'être recommandé auparavant par une personne a facilité un climat de confiance réciproque indispensable. De plus, ma qualité d'étudiant en droit et l'objet de mon travail créait une ambiance sérieuse et inhabituelle pour mes interlocuteurs. Je me suis toujours présenté comme néophyte dans la matière des sciences occultes et autant que possible, j'ai essayé dans mes questions de faire abstraction de mes convictions religieuses ou philosophiques. L'objet de cette étude n'était pas de prouver rationnellement des phénomènes ou de porter un jugement de valeur sur les pensées et le travail d'autrui.

Ces entretiens se sont passés sous la forme de questions posées selon un plan identique pour chaque praticien que j'ai essayé de tenir.

99 - Plan des entretiens

1° - Présentation générale de l'activité exercée

- le statut juridique et fiscal
- la formation, la compétence
- 2° - L'exercice de l'activité
- analyse du type de clientèle (rémunération)
- les moyens de se faire connaître du public

3° Les obstacles rencontrés

- Le droit et la connaissance des règles en la matière
- Les problèmes de concurrence.

La région de Marseille et le Sud de la France en général, offre avec Paris, un site important au regard de l'importance du marché de l'occulte et des moyens modernes de son expression.

(5) J. Bransolle, "L'âme de fond" consacré à "l'irrationnel" production FR3 Méditerranée 1989.

Ainsi de nombreux fournisseurs, de sociétés commerciales spécialisées dans la vente de l'irrationnel s'y sont localisés et côtoient leurs plus farouches adversaires (6). On constate alors que l'urbanisation n'exclue pas un nombre important de praticiens, de clients et que le phénomène n'est plus l'apanage de quelque obscure campagne de tradition superstitieuse du fond de la France (7).

Afin de présenter un éventail relativement représentatif des différentes professions, nous avons choisi de questionner un spécialiste de l'ésotérisme, libraire, ayant travaillé avec une voyante, une astrologue numérologue, et un cabinet "multi-services" spécialisé dans le magnétisme.

SECTION 1 - ENTRETIEN F. VASSEUR - VENDREDI 9 FEVRIER 1990 - MARSEILLE

Question : Pourriez-vous nous présenter votre activité en sciences occultes ?

Réponse : C'est surtout l'ésotérique c'est à dire la face cachée. J'ai été athée à cause de ma religion et j'ai découvert des gens qui croyaient à un créateur, à plusieurs vies, les religions ont été faites par l'homme qui a fait Dieu à son image, j'ai découvert l'ésotérisme. L'an 2 000 c'est l'ère du Verseau, on doit essayer de dire la vérité par l'ésotérisme. Professionnellement, j'ai tenu une librairie ésotérique et pour moi cela comprend tout: astrologie, numérogie, explication des rêves, tous les phénomènes paranormaux que je trouve complètement normaux, l'histoire des religions, la médecine naturelle, pour la voyance j'ai eu tort car l'ésotérisme exclue la voyance car quand on a un tel don on ne peut le faire quotidiennement sur commande, si j'en fait un métier, je mens au gens pour qu'ils en aient pour leur 200 Fr.

Il m'arrive d'avoir des flashes. C'est surtout une bonne psychologue la voyante, j'ai refusé tous les métiers à vocation ésotérique comme le magnétisme. Je n'y crois plus beaucoup, ce n'est pas fiable. D'après l'ésotérisme, il y a le corps physique, l'âme, le corps astral éthérique qui demeure, les voyants ne voient que leur passé, le bas astral, ils ne peuvent pas voir l'avenir, c'est de la psychologie.

Les gens qui vont voir des voyants ont 9 fois sur 10 des problèmes, ils sont crédules sur des problèmes familiaux, professionnels, ils seront toujours contents. Depuis que j'ai fermé cette librairie qui a marché pendant 6 mois, je vois des gens et l'on parle des problèmes d'une manière spirituelle, on n'essaie pas de les rassurer par l'avenir.

L'emplacement de la librairie était La Ciotat, j'avait fait le tour, Aubagne, Marseille, Aix, Toulon. J'avais oublié les problèmes de publicité, pour venir à La Ciotat et il aurait fallu une zone commerciale avec une zone industrielle comme à Aubagne. C'est pourquoi j'ai arrêté.

(6) On citera à titre d'exemple, la société "Solis" inculpée en 1988 d'escroquerie, de publicité mensongère, spécialisée dans la vente de bijoux, porte bonheur, la réussite par les "chiffres millionnaires" grâce au signe astral des clients (Le Monde 28 et 29 avril 1988 mettant en cause aussi l'animateur Guy Lux), les ramifications de la filière de la société des Editions de presse réunies (affaire de la bague de Ré) conduisant à d'autres sociétés niçoises (EDJ 26 octobre 1989, pp. 98-99 avec un schéma très détaillé de cette organisation). Sans parler des "tarots de Marseille" et de l'action "rationnaliste" de l'université de Nice par l'intermédiaire de M. Broch.

(7) Cf supra n° 17.

Question : Pourtant on trouve facilement des livres sur l'ésotérisme partout, avez-vous souffert de la concurrence ?

Réponse : Ce que j'ai constaté c'est que les gens ne venaient pas forcément pour acheter un livre, on parle, il y avait une sorte "de service après vente" ésotérique, on discutait, ils avaient des problèmes, étaient déçus des religions. Je renseignais, je conseillais beaucoup. Je vendais toutes sortes d'articles, tarots c'est très facile avec un petit livre, tableaux ésotériques, pyramides, papyrus, médailles, encens, talismans, pentacles, et la bague de Ré (*articles proposés par la Solis*) mais je disais chaque fois à quoi ça sert, c'est un porte bonheur, un point c'est tout, j'en porte mais ça n'apportera pas de l'argent, je dissuadais les gens ce qui n'était pas très commercial. La bague de Ré est une reproduction exacte de la barre Atlante.

Question : Y a-t-il beaucoup de fournisseurs ?

Réponse : Pas trop, Toulouse pour les tarots, Paris pour les objets, pentacles, Marseille pour les tarots.

Question : L'inculpation de D. Gilbert et de la société venderesse ont-ils rejailli sur vos pratiques ?

Réponse : Aucune, mais c'était le départ j'étais en pleine ascension, c'est difficile à apprécier sur une courte période. En fait la vente par correspondance avec "satisfait ou remboursé" non tenu a conduit la société à se piéger elle-même. Mais ce sont des bêtises. Ouverture en juillet 1989 et fermeture en décembre 1989.

J'ai une formation d'animateur commercial, j'ai voulu continuer mais la dame qui fait la voyance est partie pour des raisons personnelles, j'ai dû arrêter. J'avais voulu ouvrir et attendre 1 - 2 ans pour me permettre de voir, en faisant de la publicité. J'ai gardé l'animation, je pense que cela aurait pu marcher.

Les journaux (le 13, le Provençal) sont des bons moyens de publicité la radio je n'y crois pas, les gens n'écoutent pas les pubs à la radio, il n'y a aucun sondage sur les auditeurs, cela coûte très cher, je voulais faire connaître l'ésotérisme en prenant contact avec des astrologues, magnétiseurs et faire une association loi 1901 où l'on aurait pu faire des réunions, avoir une salle. Les gens viendraient écouter des professionnels à vocation ésotérique et en retour il y aurait eu de la publicité, diffusion par des tracts et par les conférences donc surtout. Le siège social serait le magasin, j'inviterai des écrivains et je vendrai des livres. Je suis contre les salons de voyance qui sont typiquement commerciaux. Comment faire des consultations à la Foire de Marseille ? De même les ordinateurs n'ont aucun intérêt, les gens même se trompent. Mais les astres inclinent mais ne commandent pas. L'astrologie ne prédit pas, les astres influencent mais j'ai mon destin en main.

Question : Quel a été votre statut juridique et fiscal lorsque vous exerciez ?

Réponse : Comme tout commerçant, j'étais inscrit au registre du commerce, déclaré au fisc, je ne pouvais être profession libérale, la voyante qui travaillait avec moi était en profession libérale, j'aurais pu la prendre en

tant qu'employée. J'étais comme tout libraire ou tout marchand. Je n'ai eu aucun obstacle.

Question : Comment réagissez-vous aux attaques de la loi qui interdit la divination et la considère parfois comme une escroquerie et plus généralement à celles venant des scientifiques ?

Réponse : Il faut faire une distinction entre l'ésotérisme et les phénomènes dit paranormaux, il faut diffuser l'ésotérique, la vérité pour parvenir à une seule et même religion. Mais il y a dans l'ésotérique des charlatans beaucoup plus qu'ailleurs.

Question : Mais ceux qui la mettent en pratique, le font au nom d'une croyance, d'une relation privilégiée avec des forces cachées... ?

Réponse : Il n'y a pas de différence entre la magie noire et la magie blanche c'est la même magie qui est employée soit pour faire le bien, soit pour faire le mal. Toutes les forces sont en vous. Je ne touche plus à la magie je préfère parler, discuter avec les gens, conseiller des livres, après les gens font ce qu'ils veulent. Je suis en paix avec ma conscience. Je ne ferai pas de voyance, ni d'envoûtement comme dans toutes ces publicités dans certains journaux.

Question : Vous trouvez donc juste que le droit sanctionne ceux qui abusent de la crédulité, les charlatans qui mélangent tout selon vous ?

Réponse : Ce sont les plus grands criminels mais on ne peut m'interdire de diffuser la pensée ésotérique. Il faut moraliser le marché car le public a alors une mauvaise image de l'ésotérique, ils nous font le plus grand tort.

Question : Comment décrivez-vous votre clientèle durant ces 6 mois ?

Réponse : Que des femmes à 90 %, les hommes croient autant mais ne l'avouent pas, les femmes trouvent ça normal. J'ai eu le privilège de beaucoup discuter avec des gens âgés, seuls ou mariés, j'ai été surpris par le nombre de jeunes qui avaient envie de découvrir autre chose que les religions, l'Église. Les religions sont sectaires, non spirituelles, j'ai fait un essai dans les Roses-croix, les francs-maçons, on en devient athée, l'athée est le plus respectueux de Dieu car on lui porte atteinte dans les religions.

Question : Et pour la voyance ?

Réponse : En général, les gens étaient curieux, voulaient apprendre ce qui les arrangeait, le reste ils l'oubliaient. Ils s'accrochaient à ça, ils avaient beaucoup de problèmes, je préfère leur conseiller des lectures. Pour les tarifs c'est varié surtout à La Ciotat où il y a beaucoup de chômeurs et pour cette raison, ce n'est pas un hasard beaucoup de voyants et voyantes par rapport à la population. Il y en a au moins 25 pour une ville comme la Ciotat, il y a des sous à prendre, il y en a presque autant qu'à Marseille. Il y a un phénomène observable. J'ai souffert de cette concurrence.

Question : Mais les gens qui s'intéressent à l'occulte ont une attitude plutôt terre à terre, ils préfèrent lire un horoscope, consulter une voyante par exemple que se plonger dans "la doctrine ésotérique", dans l'aspect culturel que vous défendez,...

Réponse : Certainement, il y a beaucoup plus de monde qui venait pour la voyance, les horoscopes que le reste qui était en proportion très faible. Mais je pense qu'ils avaient des problèmes, il venaient me voir pour la voyance, après il ne venaient plus. Par contre ceux avec qui j'avais les échanges, qui se cultivaient atteignaient un niveau plus élevé laissant tomber la voyance.

Moi j'ai ouvert une librairie, si j'ai accepté de prendre la voyante avec moi c'était pour m'aider, elle faisait trois à quatre consultations dans la journée et je ne connaissais pas ce que c'était. Et puis, je continuais à travailler dans l'animation commerciale. La voyance n'est pas mon but. Si j'ouvre à nouveau une librairie, les livres auraient été une petite partie de mon commerce surtout sur commande et je vendrai des tarots, des expositions de tableaux, pyramides, symboles, ce dont je vous ai parlé tout à l'heure. Et en même temps, j'aurai fait des conférences. Et surtout la médecine naturelle avec les sophrologues, qui sont diplômés, ils font du magnétisme, de la relaxation par la voix et la musique pour les maladies nerveuses. J'aurais fait venir une astrologue, une numérologue qui auraient reçu leurs clientèles, un magnétiseur, un écrivain avec des clientèles différentes qui m'auraient fait travailler en retour mais surtout pas de voyance ! Il faut avoir fait cette expérience pour comprendre cela. Dans un avenir prochain cela se mettra en place.

Question : Que pensez vous de la pensée occulte diffusée par l'immigration de marabouts, mages et de leurs pratiques, aviez-vous des ouvrages sur la magie en Afrique par exemple ?

Réponse : Re-charlatans, je n'avais que des livres sur l'histoire des religions, l'Asie est très intéressante à ce sujet. Les occidentaux y croiraient plus car ils ne sont pas de même origine.

Je ne crois pas en leur puissance occulte je crois en ma force je défis n'importe quel marabout de faire quelque chose sur moi puisque Majax fait un défi ! Les gens ne sont pas bien dans leur peau, ils sont crédules, on en revient, il y a un phénomène d'autosuggestion, vous leur dites: "vous êtes envoûté vous" et après c'est 4 000 Fr. pour être désenvoûté, j'ai connu ce cas où une voyante l'avait fait à une dame, ils voient à qui ils ont affaire, tout le monde voit si l'on a ou non des problèmes. Je suis allé voir "cette grande voyante" elle n'a pu rien faire. Ils font du tort à notre métier, on est des gens sérieux, je peux voir dans vos pensées mais il faut bien le faire, je lui ai dit de quel droit vous dites à une personne qu'elle est envoûtée. J'ai lutté contre cela en fondant une association.

Question : Quelle est la doctrine sous-tendant votre croyance ?

Réponse : Nous avons plusieurs vies, nous sommes très différents, je crois au Karma, à la réincarnation. C'était la fonction de la momification. Il y a le retour des âmes pour s'élever, même dans une seule vie. Je suis influencé par

le bouddhisme, l'hindouisme, les religions de l'Égypte. On le trouve aussi prudemment chez Jésus, les gens étaient ignorants.

L'hypnose est importante comme phénomène (...) tout en étant dangereuse, c'est du viol de la conscience. Il y a aussi le voyage astral. Quand j'ai été interviewé, j'ai essayé d'être simple pour expliquer l'ère du Verseau, j'avais peur de paraître pour un illuminé. Je crois en l'astrologie mais pas en tous ces horoscopes dans les journaux qui racontent qu'on a tous le même destin, il faut établir le thème astral avec le signe, l'ascendant, il y a 12 maisons, il n'y a pas de mauvais signe, il y a des signes qui ne vont pas ensemble. Il y a des signes de terre, de feu, qu'on retrouve, il y a des affinités. Tout dépend de l'ascendant, pour l'animatrice que j'ai choisi, son signe convenait, cela a son importance.

Question : La loi condamne les guérisseurs, les médecins "naturels" qui exercent sans diplôme, trouvez-vous cela injuste ?

Réponse : Oui, mais j'essaierai alors d'obtenir ces diplômes, notamment pour la sophrologie (8). Il faut que cela évolue.

SECTION 2 - ENTRETIEN Y.G. - 7 AVRIL 1990 - MARSEILLE

Entretien avec Y.G., astrologue, numérologue, donnant cours, conseils et consultations à Marseille. (elle a fait des études de sciences politiques). 45 mm, samedi 7 avril 1990, 10 h.

MM. Y.G. travaille chez elle dans une copropriété résidentielle où elle me reçoit, elle possède un micro ordinateur très utile pour l'astrologie et a fondé une association type loi de 1901.

Question : Vous venez de former une association qui est appelée à se développer dans quelques temps avec l'arrivée de nouveaux membres mais jusqu'à présent comment avez-vous exercé professionnellement ?

Réponse : Il n'y pas si longtemps je faisais ça pour les parents, pour les amis, depuis 6 mois, j'ai ma professeur Martine Barbault qui est très connue et qui m'a prêté son cabinet pour pouvoir donner des cours.

Question : Lorsque vous avez exercé ici, étiez-vous propriétaire ou locataire dans la copropriété ? Y a-t-il eu opposition de la copropriété ?

Réponse : Je suis propriétaire, il n'y a eu aucun obstacle, je travaille surtout au cabinet de Martine, de temps à temps, des gens viennent chez moi. Il n'y a pas de plaque professionnelle comme je n'étais pas déclarée, j'étais en train de sonder le terrain avant de me lancer. Je suis allée à l'URSSAF me renseigner et on m'a dit d'attendre un peu, de voir comment ça allait marcher, quel impact j'allais avoir, les amis qui m'amenaient des amis, je voulais voir où j'allais. Le mieux c'est l'association car on peut faire autre chose, faire des conférences, faire venir des gens de l'extérieur, être sérieux. Il y en a qui

(8) Sophrologie = ensemble des pratiques visant à dominer les sensations douloureuses et les malaises psychiques, afin d'atteindre un développement plus harmonieux de la personnalité.

exercent individuellement et qui se déclarent profession libérale, d'autres qui ne se déclarent pas du tout, moi, j'ai préféré l'association.

Question : Il y a un risque, l'association ne peut pas faire de bénéfices ?

Réponse : Si vous voulez, nous allons tout réinvestir, c'est ce que je fais actuellement : achat de l'ordinateur, tout est dépensé, je ne gagne pas grand chose, il faudra un local, payer le loyer, les conférenciers. Je donnerai des cours, les consultations individuelles, je veux être formatrice de l'association.

Question : Comment se forme justement un astrologue, un numérologue, quelles sont les écoles ? Est-ce structuré ?

Réponse : Ce n'est pas très structuré, il n'y a pas de diplôme reconnu en France, on se bat pour cette reconnaissance actuellement. Il y a une école, celle de Claire Agostini, un Monsieur qui a travaillé avec elle la dirige actuellement, je crois qu'elle est à Perpignan.

Question : Sur le plan international, est-ce plus favorable ?

Réponse : Je crois que l'astrologie va être enseignée en Italie à l'Université de Bologne, une chaire d'astrologie va être créée aussi en Belgique, en Angleterre. La France a toujours un retard. Il y a des cours par correspondance et la plupart des astrologues connus n'ont pas de diplôme, ils se sont formés sur le tas avec la pratique et ils sont très biens.

Question : Selon vous, ce diplôme est-il souhaitable ?

Réponse : Ça serait une bonne chose de connaître les astrologues sérieux des autres, mais il y aura toujours des abus.

Question : Que pensez-vous des obstacles à cette reconnaissance, notamment scientifique ?

Réponse : Il n'y a pas de syndicats d'astrologie on peut espérer qu'il deviendra une réalité un jour. Je fais partie du C.E.D.R.A. qui s'en préoccupe. Les vrais astrologues on les assimile malheureusement aux sciences occultes, aux mages, à la télé, il y a des charlatans mais en France, pour les scientifiques et les médias on nous assimile à l'occulte. Il faut faire la distinction. Il faut des astrologues sérieux comme E. Teissier, M. Barbault l'astrologie n'est pas une science exacte mais c'est une science, pas une science occulte.

Question : Historiquement, notre droit le voit aussi avec un mauvais œil, qu'en pensez-vous ? De nombreux textes interdisent la divination professionnelle.

Réponse : L'astrologie n'est pas une science prédictionnelle, elle ne prédit pas l'avenir, la vraie, il y a beaucoup de psychologie, il faut aider les gens, voir où ils se situent quand ils viennent vous voir, j'essaie de voir d'où vient

le problème, on peut expliquer certains passages difficiles dans les mois qui viennent. Ce n'est pas une science divinatoire.

Question : Mais la jurisprudence peut la considérer ainsi, et la condamner civilement ou pénalement, notamment pour les prévisions très précises et la société légitime en partie ce que la loi interdit.

Réponse : Il y a un véritable décalage, il n'y a qu'à voir des journaux comme "Astres" ou des journaux plus sérieux, la publicité est abondante, comme dans "votre avenir madame" pour l'achat de talismans par exemple.

Question : L'informatique est-il utile à votre activité ?

Réponse : Oui, notamment pour la numérologie, les noms, prénoms vous donnent des données, il faut après faire la somme, comparer avec le chiffre de l'année, on peut faire des comparaisons de thèmes, j'utilise "la charte numérologique" et la revue "sciences solaires" avec les thèmes et l'état de l'année que j'ai tout de suite sur l'écran. Mais j'apprends moi aussi à utiliser l'ordinateur, j'ai une imprimante, mais un appareil ne peut pas remplacer la psychologie d'un être humain de toute façon.

Question : Que pensez-vous de l'extension de la numérologie, de l'astrologie, au monde de la bourse, au monde de l'entreprise ?

Réponse : Aux USA, cela se fait à longueur de journées, c'est monnaie courante, un numérologue qui a travaillé aux USA m'a appris que les usines de parfum, de couture l'utilisaient. C'est très important et souhaitable, cela peut aider l'entreprise.

Pour les personnes cardiaques, malades, l'astrologie peut aider à planifier toutes les interventions médicales, à prévoir la date de l'opération. Pour l'emploi c'est dangereux et sectaire. Pour être objectif il faudrait faire le thème du patron et pas seulement le salarié sinon il n'y a plus de libre arbitre. Mais cela peut aider à faire un tri si cela est fait sérieusement. Pour un poste important dans certains milieux c'est intéressant de le faire avec l'accord de la personne. Mais avec le chiffre de l'année de sa naissance, le nom, le prénom, on peut le faire à son insu, non pour l'astrologie il faut son consentement, car elle doit donner son heure de naissance et son lieu sinon c'est impossible.

SECTION 3 - ENTRETIEN CABINET R. - 16 MAI 1990 - AIX EN PROVENCE

17 heures, quatre personnes sont présentes (le gérant de la société, ses deux associés, et moi), la salle où l'on me reçoit est la salle de consultation, il y a un grand bureau noir et une table pour examiner les patients, aux murs quelques tableaux ayant trait à l'Égypte antique et à l'astrologie.

D'une manière générale, le cabinet, qui vient d'ouvrir depuis le début du mois, est très bien équipé (salle d'attente - secrétaire) et très bien décoré. Durée: environ 1 heure.

Question : C'est le premier cabinet doté d'une aussi grande organisation que je rencontre, les autres personnes interrogées exerçaient à titre individuel.

De plus, vous êtes aussi les premiers à offrir autant de services à la fois. Je vous demanderai peut être de présenter d'une manière générale vos activités, quand avez-vous commencé à exercer ce métier et sous quelle forme juridique ?

Réponse : Le gérant: Depuis quand on existe ? on existe depuis le mois de mai, ici, en association. Sinon moi, j'existe depuis 750 (rires) je suis magnétiseur depuis 750, depuis l'an 750 où j'étais moine hindou aux Indes. Sinon depuis 1987 je suis installé à Velaux, chez moi, puis l'on est associé tous les trois depuis le mois de mai dans ce cabinet.

Question : Alors vous exercez sous forme d'association, type loi de 1901 ?

Réponse : Non en S.A.R.L.

Question : Ah, sous forme d'une société commerciale, vous étiez inscrits au registre du commerce et des sociétés ?

Réponse : Voilà, mais ça il faudrait voir avec mon comptable, SARL au capital de 50 000 Fr., inscrit au R.C.S. comme des commerçants, avec un chiffre d'affaires mensuel, annuel, des salaires, etc.

Question : D'accord, et fiscalement ?

Réponse : C'est comme pour une société.

Question : Quelles sont alors les activités, les services que vous proposez ?

Réponse : Alors magnétisme, "phytothérapie" parce qu'on est obligé puisque l'on fait de la médecine naturelle, radiesthésie, voyance et l'on traite actuellement la cellulite, l'amincissement depuis que je suis à Velaux depuis longtemps et bientôt les U.V.A.

Question : Vous êtes, je suppose le gérant et vous les associés, quelle formation avez vous reçu ?

Réponse : (Toujours le gérant) : nous sommes rosi cruciens c'est-à-dire que nous appartenons à un ordre philosophique qui est l'ordre de la rose-croix, nous avons eu un enseignement pas uniquement sur les sciences occultes mais aussi philosophique, ensuite, formation avec une multitude de bouquins.

Question : Et les rose-croix fournissent...

Réponse : Les rosi cruciens, ce n'est pas du tout pareil, mais c'est l'ancien ordre de la rose-croix, nous nous sommes rosi cruciens, l'ordre philosophique, c'est l'Égypte.

Question : (...) Ils vous ont fourni donc une formation ?

Réponse : Ce n'est pas véritablement une formation sur le magnétisme, la radiesthésie, c'est un enseignement général qui permet de développer certaines capacités extrasensorielles et parapsychologiques et qui permet ainsi de maîtriser la vie, les éléments qui nous entourent etc.

Question : Je posais cette question pour savoir si éventuellement vous aviez des dons ?

Réponse : Il y a les deux, pour être magnétiseur, il faut :
1/ avoir le don de magnétisme, de magnétiser,
2/ après il faut apprendre à utiliser ce don.

Question : Pour la voyance ?

Réponse : La voyance il n'y a que moi, c'est un don, qu'il faut développer aussi, c'est comme partout, le gars qui a le don de faire du tennis, il doit travailler pour gagner des matchs. Pourtant, celui qui apprend mais qui n'a pas le don, il perdra, c'est tout mais vous ne le verrez jamais en finale à Roland-Garros.

Question : Et vous exercez aussi l'astrologie, la numérologie ?

Réponse : Non, on ne le fait pas.

Question : Sans indiscretion qu'avez-vous fait avant d'exercer professionnellement ce métier ou l'avez-vous toujours pratiqué ?

Réponse : Pour moi, mon père avait des dons de magnétisme, il avait un restaurant et il soignait l'entourage, la famille, les clients venaient le voir quand ils avaient mal, il faisait des applications, des impositions donc j'ai été un peu dans le bain et puis cela ne m'intéressait pas énormément et j'ai fait des études commerciales, et ma profession était cadre à Euromarché, j'étais un commercial et puis c'est le besoin de faire quelque chose d'utile, à Euromarché, on ne se sent pas vraiment utile.

Aussi tout en exerçant ma profession, je me suis formé, j'ai appris et le jour où je me suis senti capable de commencer sérieusement, c'est un déclic.

Question : Donc cela est assez récent ...

Réponse : C'est-à-dire que pour moi, j'ai un antécédent d'une vie antérieure en 750. Les bouquins ne m'ont pas trop appris parce que je savais déjà. Quand je lisais un livre sur le magnétisme j'étais déjà au courant en gros, d'ailleurs, j'avais fait sur mon épouse des travaux magnétiques avant d'apprendre dans les livres et ils étaient identiques.

Question : Et pour vous ? (je m'adresse aux associés)

Réponse : Moi j'étais électricien et c'est Rolland (le gérant) qui m'a découvert des dons de magnétiseur, pour le reste, j'ai suivi la même méthode, j'ai appris dans des livres...

Question : Avant, vous avez tous exercé individuellement avant d'exercer en société ?

Réponse : Voilà.

Question : Et sur le plan juridique, êtes-vous propriétaire des locaux ?

Réponse : Nous sommes locataires, c'est un bail professionnel.

Question : Avez-vous rencontré des obstacles juridiques lorsque vous exerciez individuellement ou collectivement comme en ce moment ?

Réponse : (catégorique) Aucun, ni obstacles fiscaux.

Question : Et des obstacles liés à la profession, à la concurrence, à Aix-en-Provence ?

Réponse : Il y a des obstacles au niveau inter occulte, ce sont des travaux occultes en magie noire, en sorcellerie, qui peuvent plaire à des gens et faire en sorte qu'on n'occupe pas les locaux, que les gens y soient mal à l'intérieur. Il y a deux forces, les forces du bien, les forces du mal sur terre qui nous régissent. Notre but c'est de faire en sorte que les forces du bien soient supérieures aux forces du mal qui font énormément pour prendre le dessus. En plus, le côté noir, obscur de la chose est beaucoup plus tentant pour l'être humain que le côté bien. Il est plus difficile quand quelqu'un vous a marché sur les pieds de lui dire c'est pas grave plutôt que d'avoir envie de lui en mettre un, cette réaction est mal.

Il n'y a donc pas de gens qui sont contre nos professions qui travaillent en faisant du bien. Si quelqu'un vient nous voir pour un envoûtement, il n'aura pas le rendez-vous, il ne viendra pas ici. On a donc été gêné d'une "manière occulte" dans notre déroulement et c'est partout pareil, entre magie noire, sorcellerie et magie blanche, c'est un combat perpétuel partout. Alors on a des protections occultes qui nous permettent d'être installés tranquillement et d'être bien. Vous n'avez pas envie de partir ?

Question : Non.

Réponse : Si on n'avait pas ces protections, un radiesthésiste, un voyant qui a envie de faire un bon travail, d'être sérieux, risque de se casser la figure rapidement non pas parce qu'il est mauvais, mais parce que des gens qui ne veulent pas qu'il s'établisse là, vont tout faire sur le plan occulte pour faire en sorte que cela ne marche pas.

Question : Mais avez-vous fait une étude de marché pour l'emplacement, y a-t-il une forte demande à Aix ?

Réponse : On a un antécédent, on a conservé le nom du cabinet R., on a déjà une clientèle qui existait avant sur Velaux. C'est des gens qui viennent de Paris, de Nice, Lyon, Six-Fours, la Ciotat. Il y a un gros potentiel, déjà entendre parler du cabinet à Aix, des gens ne voulaient pas aller à Velaux ou ne veulent pas recevoir des consultations à domicile, on a dit on va ouvrir un cabinet à Aix, ce qui nous permettra de nous agrandir, Velaux c'était petit, une villa où j'habite avec un seul cabinet.

Question : Avez-vous une idée du nombre de voyants exerçant à Aix ?

Réponse : Des magnétiseurs, radiesthésistes, il n'y en a pas beaucoup.

Question : A Marseille, La Ciotat, ils sont nombreux.

Réponse : Pour les voyants, je ne sais pas, ce n'est pas sur la carte...

Question : Je lis magnétisme, phytothérapie et voyance sur la publicité ?

Réponse : Et voyance.

Question : Vous donnez aussi des conseils en recrutement de personnel, en affaires, comment vous y prenez-vous et que proposez-vous ?

Réponse : Lorsqu'ils ont un choix au niveau du personnel de l'encadrement et qu'ils hésitent entre trois ou quatre personnes, nous nous proposons de déterminer celle qui sera le mieux dans l'entreprise, qui produira le plus de travail, de motivation, qui s'adaptera le mieux dans l'entreprise. On fait une étude astrologique et on utilise quelqu'un qui ne fait pas partie de la société, on fera une étude en radiesthésie, en numérologie.

Question : Et pour les conseils en affaire c'est à propos de contrats à passer ?

Réponse : Vous avez envie d'ouvrir un magasin, vous venez me voir avec votre dossier, et on vous dira s'il faut vous installer là ou là. Mais après étude du marché, il ne faut pas laisser tomber tous ce qui est commercial, rentabilité etc. Mais nous on le fait pas, par contre la personne doit le faire ou le faire faire. C'est la part du risque qu'il reste après avoir vu tout ça, comme une catastrophe naturelle non dédommée par les assurances, c'est la fermeture de "Rallye" si le local se trouve dans la galerie marchande, vous ne pouvez pas le savoir en faisant une étude de marché, c'est tout ce qui est imprévu, tout ce qui n'est pas scientifique.

Question : A Paris, vous avez un concurrent, la société Divinitel qui fait les deux comme vous, aussi bien les relations personnelles que professionnelles, pour l'analyse de la clientèle, quel type est le plus fréquent, hommes, femmes, chefs d'entreprise ?

Réponse : Pour ici, on démarre il faudrait revenir dans six mois. A Velaux où c'était uniquement magnétisme, radiesthésiste et phytothérapie, les gens

souffraient, avaient des déséquilibres énergétiques, pas obligatoirement malades car on n'a pas le droit théoriquement de les traiter.

Pour la voyance, c'était 95 % une clientèle féminine.

Entre 30 et 70 ans à peu près et cela part de la personne très modeste à la personne aisée.

Question : S'agissant de la rémunération (9), combien coûte une consultation ?

Réponse : 200 Fr.

Question : Quels sont les moyens de votre publicité ?

Réponse : Tracts, petites annonces..., le prospectus. En fait quand on a des bons résultats, on n'a pas besoin d'une publicité à tout casser, il faut se faire connaître, après c'est le bouche à oreille qui fonctionne même s'il faut passer une publicité de temps à autre pour le rappeler aux gens s'ils ont oublié le numéro, pas de messages dans les radios privées. Le budget publicitaire n'a pas besoin d'être très important, il faut simplement signaler aux gens qu'on est là, c'est long à démarrer, cela met deux à trois mois avant d'être au maximum. Il vaut mieux qu'une personne dise à une autre j'avais ça, je suis guérie, la personne vient plus sereinement que si elle l'avait lu dans le journal.

Question : Connaissez-vous "grosso modo" le droit applicable aux personnes qui pratiquent vos activités ? ce qui est interdit de ce qui ne l'est pas ?

Réponse : Dans le détail non, parce qu'en plus cela ne nous intéresse pas trop, pourquoi ? La première chose que l'on a déterminé ici et même avant c'est une politique très ferme sur plusieurs principes.

Le 1er : on ne se substitue pas à la médecine allopathique, générale c'est-à-dire que si quelqu'un vient nous voir en nous disant j'ai mal au dos, on lui demandera s'il a passé des examens, s'il est allé voir son médecin, s'il a un traitement, etc... On ne veut pas prendre le risque de magnétiser quelqu'un si on ne sait pas ce qu'il a.

On va le savoir par la radiesthésie sans être certain à 100 %.

Vous avez mal à un bras, ce n'est pas trop gênant, on va voir mais on ne manipule pas, il n'y a alors pas trop de risque.

Après, selon où est le problème, si vous avez des maux de tête, que cela ne va pas, on demandera des examens du médecin traitant.

(9) En 1980, les tarifs tournent autour de 150 Fr. la séance, pour les plus célèbres, les honoraires s'échelonnent entre 300 et 500 Fr., rapporté in J. et A. Dessuart, *"La voyance"* op. cit. p. 59. La consultation par téléphone sur divinitel est de 250 Fr., rapporté in France Culture, *"Les voyants"* op. cit. Quant à la sorcellerie, D. Camus rapporte que les "interventions" coûtent entre 15 et 30.000 Fr. parfois plus, rapporté in *"La vie"*, août 1989, op. cit. p. 58. M. Cuniot, in *"Incroyable... mais faux"* op. cit. p. 102 rapportant le procès d'une voyante en 1986 cite les tarifs pratiqués à titre d'exemple : - 1.400 Fr. pour réussir aux examens - 5.600 Fr. pour affaire sentimentale - 10.000 Fr. pour combattre une dépression, etc... Egalement, les dossiers du Canard, op. cit. p. 63, *"portraits de voyants contemporains et leurs tarifs"*.

Question : Avez-vous décidé d'avoir une correspondance avec le médecin traitant ?

Réponse : Généralement non, s'il y a eu des radios, je vérifierai si le radiologue a bien examiné ce qui est écrit dessus.

Nous voulons travailler parallèlement avec les médecines traditionnelles cela ne veut pas dire à la place, cela veut dire avec. Donc ne pas prendre leur place, leur enlever leur clientèle. C'est une méthode qui va se joindre en la complétant à la médecine traditionnelle, qui va permettre d'avoir des meilleurs résultats. De savoir si c'est nous ou le médecin qui vous fait en sorte que les personnes guérissent, on s'en fout, nous l'essentiel c'est que nous n'interrompons jamais un traitement, le traitement médical demeure. En prenant ces précautions guidées par la conscience, le médecin a jugé que ce traitement était bon, il faut continuer. On encourage même les personnes qui l'ont arrêté à le reprendre, on a psychiquement une emprise plus importante sur le client, donc une influence plus grande pour lui dire de reprendre les antibiotiques, la chimiothérapie.

A ce moment là, pourquoi être ennuyé ?

Question : Je disais cela parce que la jurisprudence sur l'exercice illégal de la médecine est très stricte, très sévère, il y a des décisions qui malgré la bonne foi, la non-interruption de traitement par des magnétiseurs les ont condamnés, (lecture de certaines décisions, et des peines surtout).

Réponse : Pour qu'une personne porte plainte, il faut qu'elle ait à se plaindre du praticien, il y a des procès, je ne sais pas s'il y a eu beaucoup de grosses peines et il y a des médecins avec diplôme qui ont été condamnés, moins...

Question : Sur un autre fondement...

Réponse : Il faut une plainte du client, il faudrait voir les témoignages, dans cette affaire, il avait fait une erreur.

Question : Mais c'est souvent l'ordre des médecins et le parquet qui poursuivent et non les clients ?

Réponse : Qu'est-ce que pratiquer la médecine alors ?

Question : Tout acte médical, c'est très large, une simple imposition des mains est condamnée, la jurisprudence est sévère mais peu nombreuse vu le nombre de guérisseurs qui pratiquent.

Il y a eu une évolution des mœurs qui a légitimé certaines pratiques, une certaine tolérance.

Réponse : Des hautes personnalités du monde entier nous consultent, comme notre président. De quand datent les textes alors ?

Question : Révolution pour l'exercice illégal de la médecine, XIXème s. pour l'art R.34.7, l'escroquerie, il y a des décisions plus indulgentes par rapport à l'astrologie, la graphologie, il faut donc être prudent.

Réponse : Quand on a décidé de faire du magnétisme, de la radiesthésie, on sait que si on se loupe on ne nous loupera pas, on fera tout pour ne pas se louper. (On me montre des publicités de magnétisme, voyance dans l'annuaire des professions judiciaires et juridiques de la région) rires.

Cherchez le mot maladie dans nos annonces, il n'y est pas. L'essentiel c'est de ne pas faire d'erreur.

Question : Le magnétisme et la radiesthésie sont considérés en soi comme de l'exercice illégal de la médecine.

Réponse : Connaissez-vous le GNOMA., mouvement national des médecins auxiliaires des magnétiseurs, les procès ont fait la célébrité de Mességué, si j'ai un diplôme de médecin je peux pratiquer le magnétisme, j'en connais.

Cela évolue, il y a des déclarations officielles de médecins qui le recommandent, ont découvert la magnétite ce qu'il faut planter, ce sont les charlatans .

Question : Comment s'en prévenir ?

Réponse : C'est au client de le faire d'où l'importance du bouche à oreille.

Question : Que pensez-vous de l'idée de statut officiel pour les guérisseurs et les médecines parallèles ?

Réponse : Le GNOMA essaie de les légaliser, de les faire admettre, cela est souhaitable (groupement national pour l'organisation des Médecins Auxiliaires).

Question : La grande nouveauté c'est l'exercice sous forme commerciale impensable il y a 60 ans ?

Réponse : Les membres du GNOMA présentent des garanties financières, et de leurs compétences, ils recommandent le respect du traitement médical. Scientifiquement, la magnétite existe dans l'organisme, oxyde de fer découvert par le Professeur Rocard. Il y a un début d'explication scientifique.

Question : Cela serait la meilleure solution pour légaliser la question ?

Réponse : Mais tout est étouffé depuis le XIXème siècle, des médecins l'ont constaté, cela manque d'approfondissement. Mais cela arrivera, il y a beaucoup de médecins qui pratiquent le magnétisme ou qui le recommande. J'en ai eu comme clients, il y en a qui sont très ouverts aux médecines parallèles. Cela va évoluer dans les 15 prochaines années, cela sera un bien pour tout le monde.

La profession prend de l'ampleur et on s'en méfie, les émissions de télé n'invitent que des magnétiseurs rigolos, jamais les bons pour déstabiliser la profession.

Question : Que pensez-vous des guérisseurs venant d'Afrique exerçant dans notre société ?

Réponse : Pourquoi un guérisseur venant d'Afrique utilise-t-il ses dons en France puisque là-bas, il est reconnu ? Il y a deux solutions : ou bien il est vraiment nul et il vient ici parce que personne ne le connaît ou bien il se dit dans ma tribu personne n'a de l'ambition, moi je vais aller voir du pays et réussir.

Question : N'y aurait-il pas aussi une demande venant des populations immigrées desquelles il est issu et qui croient à la magie et aux guérisseurs ?

Réponse : Ce qui m'inquiète chez ces marabouts, c'est pourquoi ils font autant de pub de semaines en semaines avec les mêmes adresses, les mêmes propos... Les experts en sciences occultes prétendent qu'ils sont mauvais, j'ai une cliente qui a payé très cher un marabout sorcier sans aucun résultat, il est parti sans laisser d'adresse.

CHAPITRE II - EXPRESSION D'UNE LIBERTÉ

100 - Il y a une vingtaine d'années, le doyen Savatier, à propos des conseils en droit privé (10) témoignait dans un article, d'une grande clairvoyance à défaut de pouvoir divinatoire.

En effet, remarquant que le conseil descend des mages d'autrefois, il écrit que ceux-ci étaient comme "d'indispensables intermédiaires entre le profane et tout ce que le monde gardait, en ce temps, pour l'homme de mystérieux et de surhumain" alors qu'aujourd'hui le technicien remplace l'initié auquel s'adressait le profane. Or depuis quelques années, les techniciens spécialistes en conseil d'affaires peuvent ainsi exceller dans la pratique de la numérogie, de l'astrologie ou de la magie blanche appliquée à l'entreprise. Notre époque rompue à l'informatique et aux sciences de gestion les plus éprouvées scientifiquement connaît ainsi, contre toute attente, des techniques de gestion du personnel utilisant des procédés occultes alors que ceux-ci étaient traditionnellement réservés à la sphère privée des individus (relations familiales, sentimentales, professionnelles dans la mesure de leur propre réussite).

101 - Dans le même temps, la pensée occultiste s'est structurée, organisée dans des groupements chargés de la diffuser largement ce qui a *priori* ne rentrait pas dans sa vocation première. A ce titre, notre système juridique laïque permet d'exprimer ces croyances librement. Se multiplient donc chaque année de nombreuses manifestations, chargées de promouvoir tout ce qui relève du paranormal.

(10) Savatier, "Les contrats professionnels en droit privé", D. 1972, chron. 137, cf p. 138, "cadre de développement des contrats de conseil: du mage au technicien".

Enfin de nombreuses personnes se reconnaissent dans des groupements minoritaires religieux se proposant d'initier à l'occulte, à l'ésotérique, posant alors le délicat problème de leur acceptation sociale et de leur statut juridique.

Aussi envisagerons-nous dans un premier temps les liens existants entre les sciences occultes et la liberté d'embauche de l'employeur et dans un second temps l'incidence de la liberté religieuse pour la pensée occultiste dans un État laïque.

SECTION 1 - LA LIBERTÉ D'EMBAUCHE DE L'EMPLOYEUR

102 - L'entreprise est le siège d'un pouvoir de commandement détenu par l'employeur qui s'exprime par un pouvoir de direction et un pouvoir disciplinaire. Le pouvoir de direction, classiquement fondé sur la propriété et la subordination juridique du contrat de travail, consiste en une liberté de gestion de la personne morale et d'embauche du personnel. Ces libertés sont néanmoins limitées par le respect de la vie privée du salarié, des droits fondamentaux de la personne du travailleur ainsi que des libertés publiques (libertés d'opinion, syndicales, droit de grève...) et l'observance d'une manière générale de la législation sociale et des conventions collectives. Au nom du pouvoir de direction et du principe de la liberté d'embauchage, l'employeur peut mener sa politique de recrutement et de gestion du personnel comme il l'entend aussi longtemps qu'il ne se fonde pas sur des critères prohibés par la loi.

103 - Le recours, à l'instar d'entreprises anglo-saxonnes, à des techniques d'origine occulte par des cabinets de recrutement appelés aussi parfois "chasseurs de tête" ou par des services de direction des ressources humaines pour les besoins de grandes entreprises est de plus en plus courant même s'il reste encore minoritaire si l'on en juge par certaines enquêtes. Interpellant le juriste, ces pratiques doivent tout d'abord être brièvement présentées avant d'en tirer d'éventuelles conséquences juridiques.

§ 1 - Les méthodes utilisées en pratique : De l'esprit d'entreprise à l'esprit de l'entreprise.

104 - Depuis une dizaine d'années, apparaît à côté d'un discours rationnel emprunt d'efficacité économique, de compétitivité, un discours plus irrationnel faisant entrer l'entreprise dans l'ère de la spiritualité et de la pensée symbolique. Selon certains dirigeants, l'entreprise aurait une âme (11) et sa personne morale composée d'un ensemble de personnalités humaines devrait tendre vers la recherche d'une plus grande harmonie spirituelle. C'est pourquoi le recrutement représente pour eux, l'acte le plus important pour l'avenir d'une société qui recherchera avant tout "la richesse du capital humain".

(11) A. Etchégoien cité in C. Brun *"L'irrationnel dans l'entreprise"* éd. Balland, Paris, 1989 p. 44.

105 - Une enquête originale. A cet égard, M. Brun (12) a récemment publié pour la première fois en France, une enquête minutieuse sur l'application des sciences occultes aux différentes méthodes de "management".

Il ressort de son travail que les principaux cabinets de recrutement de grandes entreprises (Bull, Shell, Nixdorf par exemple...) (13) estiment qu'à un certain stade d'exigence notamment pour des cadres supérieurs, les données objectives de sélection d'un candidat (diplômes, compétences, expériences, entretiens...) ne suffisent plus. Aussi ont-ils recours pêle-mêle pour clarifier et choisir les personnalités à des tests psychologiques, morphopsychologiques, hémologiques (classement des tempéraments en fonction des groupes sanguins), ou à des études graphologiques, astrologiques, numérologiques sans parler même de l'utilisation de tarots ou de pendules (14). Les tests de "psychologie sociale", la morphopsychologie (étude de la personnalité à partir des traits d'une personne) pour irrationnels qu'il soient ne sont pas pour autant à proprement parler des sciences occultes. Ils sont unanimement critiqués par des psychologues eux-mêmes et témoignent pour certains auteurs d'un "racisme de l'arbitraire" manifeste (15).

106 - De la psychologie aux sciences occultes. La graphologie, méthode de "psycho diagnostic" en jurisprudence (16), est également fréquemment utilisée pour se renseigner sur le caractère d'une personne. Les directeurs du personnel ou des ressources humaines examinent les lettres manuscrites en ayant recours aux avis de plusieurs graphologues. On estime, selon une étude réalisée en 1988 sur 425 entreprises que 85 % d'entre elles y ont recours (17). Des logiciels comme "graphométrie" ou "psychosoft graphologie" sont actuellement proposés sur le marché de l'informatique des sociétés.

La société française de graphologie composée de plus de sept mille membres, organise des congrès où sont présents de nombreux dirigeants sociaux.

Mais les sciences occultes traditionnelles qui sont pratiquées pour la première fois comme technique de sélection à l'embauche consistent généralement en l'astrologie~ la numérologie, et plus rarement le recours à la magie ou les stages "vaudou" en Haïti. L'ensemble de ces pratiques est la plupart du temps utilisé conjointement et non exclusivement.

107 - L'astrologie. Selon M. Papin, 10 % des entreprises pourraient faire appel à des astrologues pour choisir des candidats à des postes (18). Mais il convient d'être prudent d'une manière générale avec les chiffres

(12) C. Brun, *"L'irrationnel dans l'entreprise"*, éd. Balland, 1989, est normalienne, professeur agrégée des sciences sociales et journaliste au "Nouvel Economiste" et à "L'expansion".

(13) Son ouvrage contient un index alphabétique des entreprises cités p. 221.

(14) Ibidem pp. 73-74.

(15) A. Cuniot op. cit. p. 194. C. Brun op. cit. p. 66 à propos des travaux de M. de Montmollin *"Les psychopistes"* Paris, P.U.F. 1972 qui dénoncent la distance existant entre les fondements théoriques de la psychologie et l'utilisation qui en est faite dans les entreprises pour la sélection, la formation, l'appréciation du personnel.

(16) Cf. supra n° 65 et 66.

(17) C. Brun op. cit. p. 60.

(18) *"Le directeur"*, Dumod, 2ème éd. 1987 cité in C. Brun, op. cit. p. 70. Du même auteur : *"Stratégie pour la création d'entreprise"*, Paris, Dunod, 1983, dans lequel ce

avancés, il semble en tout cas que le nombre exact d'entreprises ayant recours à ce type de méthodes de gestion du personnel n'englobe qu'une minorité de sociétés (il semblerait d'ailleurs que les mœurs des dirigeants, pratiquant eux-mêmes ces méthodes, en amateurs expliqueraient leur éventuelle application dans les entreprises les plus diverses). L'astrologie quelles que soient l'école ou la tradition dont on se réclame (ésotérique, chinoise, hindoue, occidentale, aztèque) est pratiquée "pour clarifier les structures profondes de certaines personnalités" (19) et permettre ainsi au chef d'entreprise de choisir la personne répondant le mieux à l'exigence d'harmonie, d'efficacité économique d'une équipe de travail. Parfois ce n'est pas très concluant. Ainsi, M. Brun cite dans son ouvrage (20) l'exemple de M. Baroin qui avait fait appel au cabinet "gémeaux" pour recruter les membres de l'équipe dirigeante de la FNAC Sport de Lyon en 1986 afin d'obtenir par l'astrologie, des personnes dont les signes, les thèmes astraux, se convenaient parfaitement.

108 - Cependant quelques erreurs, que reconnaissent d'ailleurs volontiers les "chasseurs de têtes" astrologues, n'empêchent pas cette science occulte d'étendre toujours plus son champ d'action dans ce nouveau marché que représente le monde des affaires. Ainsi est apparu récemment une technique qui existe depuis longtemps aux USA ou au Japon : "l'astrobourse". Celle-ci permet, selon ses adeptes, de se renseigner, de prévoir l'évolution des valeurs et des marchés concurrençant la classique analyse graphique.

En utilisant les dates de création des grandes places boursières internationales, ces astrologues consacrent l'expansionnisme d'une technique qui déploie son action au delà de la sphère de l'homme pour englober celui des choses, des institutions, finalement et fatalement il était logique que l'influence des astres s'exerce partout sur terre (21).

109 - La numérométrie. Au delà de l'addition de simples compétences, la numérométrie, la numérométrie appliquée à l'entreprise, pour les grands cabinets de recrutement parisiens, est un excellent moyen de sélection des candidats. Sommairement exposée, cette technique consiste à prendre la date de naissance, le nom, le prénom, parfois le numéro de sécurité sociale d'un candidat et à étudier leurs valeurs symboliques par les chiffres et leurs harmonies réciproques. Elle peut aussi être utilisée pour désigner le nom commercial d'une société ou d'un produit. Ainsi ne cherchons point à comprendre pourquoi la société IKÉA réussit (22) ou comment le parfum "Chanel n° 5", la voiture R5 se sont vendus, il n'y a pas de hasard, le chiffre choisi contenait en germe le succès, expliquent les numérométrieux. F. Ceyrac, ancien président du C.N.P.F. préfaçant "l'intelligence et le pouvoir des nombres" de

professeur à l'Ecole des hautes études commerciales et à l'Institut supérieur des Affaires, milite dans un chapitre intitulé "n'hésitez pas à faire appel aux autres techniques d'analyse caractérologique" (p. 22) pour l'utilisation des biorhythmes comprenant l'étude des signes palmaires de la main, l'analyse morphopsychologique de l'oreille et bien sur, l'astrologie.

(19) B. Alexandre dont le cabinet recrute des cadres de très haut niveau pour les sept premières entreprises françaises. *Le Nouvel Observateur* "La France surnaturelle", ler-7 juin 1989, p. 15.

(20) In *ibidem* p.69.

(21) Cf. *Business Bourse* 3 février 1990, n° 122, p. 38 pour tout savoir des prochaines tendances boursières, "La bourse et l'astrologie".

(22) C. Brun op. cit. p. 34-35, les dossiers du Canard, op. cit. p. 88 et s.

M. de Saint-Amans (23) parle de "contribution réelle au progrès de la civilisation de l'entreprise" ou "comment passer de l'ésotérisme à l'outil de gestion rationnel". La "gestion rationnelle" peut parfois aller jusqu'à l'usage de la magie ou aux voyages d'initiation à Haïti.

110 - Magie, vaudou et entreprises. La société "divinitel" propose ainsi aux chefs d'entreprises une "salle des esprits" où l'on peut invoquer pour chasser le mal, la malchance d'un lieu, d'un contrat selon plusieurs rituels où sont présents divers pentacles, encens et images de divinités (24). Ceux que l'on appelle désormais "les sorcières ou les chamanes d'entreprise" proposent parfois des "stages vaudou" en Haïti. Ainsi, M. Blanc, consultant chamane et futurologue de son état, ancien élève d'H.E.C., professeur au Centre de Recherche des Chefs d'Entreprise propose à des chefs d'entreprise pour la somme de 30.000 Fr., quinze jours de stages d'initiation vaudou en Haïti. Ceux-ci pourront participer alors à des sacrifices de poulets, à des danses extatiques conduites par une prêtresse haïtienne devant l'autel pyramidal, afin de dynamiser leurs performances professionnelles. D'autres stages de ce type sont également proposés en Afrique (25).

111 - En définitive comme le remarque M. Brun, le nombre d'entreprises ayant recours aux pratiques occultes ou irrationnelles représente une faible minorité mais il tend à augmenter, comprenant des "locomotives" importantes (26) qui pourraient préfigurer *l'avenir*, toute proportion gardée, d'autant que ces techniques sont courantes aux USA, en Grande Bretagne et au Japon.

112 - L'occulte ne s'arrête d'ailleurs pas au stade de l'embauche car les salariés auront besoin d'être "ressourcés", "dynamisés" non seulement par des stages haïtiens comme nous l'avons vu, mais aussi par des "retraites ésotériques", les célèbres sauts "bengy" en élastique dans le vide hérité de la culture religieuse des habitants de l'île de Pantecôte (Nouvelles Hébrides), parfois par des expéditions "d'acculturation" dans des sociétés traditionnelles (27) qui pourraient révéler des vocations d'anthropologue pour certains dirigeants... Avènement de l'intuitif, du passionnel dans l'entreprise ou simple expression déjà présente d'un arrêt des discours trop cartésiens sur l'entreprise, les sciences occultes appliquées dans ce domaine traduisent l'extraordinaire adaptation de ses techniques au monde et aux valeurs du XXème siècle. Elles révèlent ainsi un champ d'application insoupçonnable qui n'est pas sans poser des problèmes juridiques nouveaux.

(23) Editions Artulen, 1988.

(24) Grand Angle *"La voyance : un marché d'avenir"*, op. cit.

(25) Rapporté par C. Brun, op. cit. et de nombreux hebdomadaires - Le Nouvel observateur, L'Express, L'événement du jeudi, op. cit.

(26) Ibidem p. 87.

(27) C. Brun, op. cit. pp. 82, 83 et 115 sont particulièrement prisés les voyages au sein des tribus Masais en Afrique, en Amazonie, en Inde (séjour dans un ashram avec initiation au mysticisme indien), les séances de lévitation mentale en Californie sous une "hutte indienne"...

§ 2 - Les conséquences juridiques

113 - Avant même d'examiner les différents problèmes juridiques que soulèvent l'application de sciences occultes au monde du travail, il convient de rappeler l'état de leur valeur scientifique ou tout au moins de leur efficacité réelle.

Des travaux scientifiques internationaux entrepris aux USA, au Canada, en France, en Suisse, en Grande Bretagne et en Norvège se sont penchés sur l'utilisation de ce type de tests de sélection dans les domaines du "management", de la gestion des ressources humaines, de l'analyse du travail, du processus de décision (erreur/fiabilité) de la psychologie sociale ou de la docimologie. L'ensemble de ces travaux ont démontré le caractère fantaisiste et non scientifique de ces tests y compris pour la graphologie (28). Cependant, des employeurs, des numérologues ou des astrologues y voient une technique utile à l'entreprise, fiable et ancienne, observent des résultats concrets et ne semblent pas troublés par l'absence d'une démonstration rationnelle valant universellement.

114 - Expression de la liberté d'embauche et d'organisation de l'entreprise par l'employeur, l'utilisation de sciences occultes peut-elle aussi en constituer des limites ? Cette liberté de principe connaît ainsi des tempéraments, l'employeur peut être contraint d'embaucher certaines personnes (des mutilés de guerre, des handicapés par exemple) et ne peut opérer des discriminations dans l'emploi et en particulier au moment de l'embauche et du licenciement (29).

115 - Les limites à la liberté d'embauche tenant à la non discrimination. Discriminer n'est point alors traiter différemment mais établir des distinctions qui tombent sous le coup d'une disposition du droit positif. Or, la convention n° 97 de l'Organisation Internationale du Travail sur les travailleurs migrants, la convention de 1958 n° 111 sur la discrimination en matière d'emploi et de profession, (ratifiée par la France en 1981), la loi française du 1er juillet 1972 contre le racisme, la loi du 11 juillet 1975 et la loi du 25 juillet 1985 modifiant les articles 187-1, 187-2, 416 et 416-1 du code pénal en renforçant les sanctions (emprisonnement de deux mois à un an et amende de 2 000 Fr. à 20 000 Fr. ou l'une de ces deux peines seulement) posent des critères de sélection interdits pénalement. Ainsi l'art. 416-3° dispose que "toute personne amenée par sa profession ou ses fonctions à employer, pour elle même ou pour autrui, un ou plusieurs préposés qui aura refusé d'embaucher ou aura licencié une personne à raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de sa situation de famille ou de son appartenance ou de sa non-appartenance à une ethnique, une nation, une race ou une religion déterminée" sera condamné aux peines susvisées. Ces dispositions que l'on retrouve dans l'article L 122.35 (à propos des clauses contenues dans le règlement intérieur) et L 122.45 (à propos des sanctions et du licenciement) du code du travail posent selon certains auteurs un principe général

(28) M. Frezal in A. Cuniot, op. cit., p. 196 avec la liste des organismes et les travaux de nombreux auteurs dans le monde.

(29) G. H. Camerlynck, "Droit du travail, le contrat de travail", édition Dalloz 1982, 2ème édition, mise à jour en 1988 par G. H. Camerlynck, M. A. Moreau - Bourlès n° 130.

de non discrimination et la jurisprudence autorise des limitations aux libertés individuelles et aux droits des salariés si elles sont justifiées par les tâches à accomplir quand elles sont proportionnelles au but recherché (cheveux courts, fouilles, obligations vestimentaires prévues dans des règlements intérieurs). Le texte législatif ne prévoyait, lui, pas d'exception pour mieux renforcer la lutte contre les discriminations arbitraires.

116 - Droit prospectif. Le juriste peut s'interroger sur l'éventuelle application de ces dispositions aux sélections par l'astrologie ou la numérologie. Deux solutions peuvent se présenter en l'absence, à notre connaissance de toute jurisprudence en la matière.

Soit le principe d'égalité cède devant le principe de liberté, l'employeur ayant la faculté de traiter différemment en vertu de critères qu'il détermine librement les individus avec lesquels il s'engage dans des relations contractuelles. Dans ce cas l'astrologie ou la numérologie quelles que soient leurs valeurs scientifiques ne sont que des moyens parmi d'autres pour mieux apprécier la qualité professionnelle d'un salarié à la limite une légère entorse au principe d'égalité justifiée par les opinions et les croyances de l'employeur (30).

Soit le principe de liberté cède devant le principe d'égalité car l'employeur exclue certaines personnes parce qu'elles appartiennent à un groupe défini par des caractéristiques intrinsèques, involontaires, "naturelles" sur lesquelles les individus n'ont aucune prise et se rend dès lors coupable d'une discrimination grave contredisant les postulats éthiques de nos sociétés démocratiques.

117 - La notion d'origine. Le terme "origine" de l'article 416 du code pénal peut renvoyer dans une acception stricte à l'ascendance, le milieu, la parenté d'un individu ou dans une acception plus large au point de départ, à la provenance d'un fait, d'un état. Dans l'énumération des différents critères de discrimination, il se distingue des termes "race", "appartenance à une ethnie, ou à une nation". Comprend-il le critère de l'origine "temporel" astrologique ou "familial" avec le nom et prénom d'un individu en numérologie ? Les textes pénaux étant d'interprétation stricte, l'origine temporelle de la date et de l'heure de la naissance déterminant le thème astral ne semble pas rentrer dans le champ d'application du texte. En revanche, la valeur symbolique des lettres d'un nom, d'un prénom qui trouvent leur principe dans une "origine familiale" pourrait peut-être s'appliquer. Il est probable que si ces pratiques se développaient la jurisprudence ou le législateur devraient s'y intéresser. Déjà, un projet d'accord "pour des procédures de recrutement plus transparentes et plus efficaces" a été remis au CNPF, à toutes les organisations syndicales de salariés, aux chambres syndicales des conseils en recrutement par l'Union confédérale des ingénieurs et cadres CFTD dont le secrétaire général est M. Croquette. Devant les

(30) Ainsi la chambre sociale (20 novembre 1986, D. 1987, 375, n. Savatier, *J.C.P.* 1987, éd. G. II, 20798) n'applique pas l'article L 122.45 du code du travail lorsque le salarié a été engagé pour accomplir une tâche impliquant qu'il soit en communion de pensée et de foi avec l'employeur. Cf. également Cass. ass. plen. 19 mai 1978 (D. 1978, 541, n. Ardant, *J.C.P.* 1978, éd. G. II, 19009) déclarant non abusif le renvoi d'une institutrice d'une école catholique s'étant remariée après divorce, les convictions religieuses de celle-ci ayant été prises en considération dans le contrat comme élément essentiel et déterminant.

plaintes de refus de poste, de ses collègues, celui-ci mène depuis quelques mois une action visant à dénoncer ces pratiques (31).

Dans le projet, est consacré un chapitre très important à "la déontologie du recruteur" visant à limiter l'usage de techniques occultes. Ainsi le problème inconnu jusqu'alors de ces nouvelles méthodes de recrutement et d'examen des personnalités risque de se poser dans l'avenir devant nos tribunaux. La doctrine, notamment D. Lochak (32) estime qu'une différence de traitement doit être fondée et justifiée "rationnellement". Or l'astrologie, la numérogie, n'ont pas encore pu d'une manière satisfaisante se justifier rationnellement ni être admis par l'ensemble de la communauté scientifique et présentent dès lors un doute sur leur légitimité et par conséquent sur leur licéité. Devant un phénomène récent, minoritaire, ne touchant pour l'instant que les candidats à des postes élevés (33) il est encore difficile d'apprécier l'éventuelle mise en œuvre des articles L 122.45 ou 416 du code pénal.

118 - D'autant que d'une manière générale, ces textes sont d'une application rare en jurisprudence et extrêmement délicats à mettre en œuvre pour deux raisons tenant au rapport de la preuve puis à l'existence d'un motif légitime. En effet, prouver qu'une exclusion, un refus d'embauche a eu effectivement pour fondement, l'origine (pratique de la numérogie ou de l'astrologie), du sexe ou des mœurs par exemple est en pratique fort difficile sinon impossible et nombre d'actions échouent sur ce point. Quant à la question essentielle de l'existence d'un motif légitime pour effacer la discrimination, la jurisprudence a un large pouvoir d'appréciation (34).

119 - La chambre criminelle de la Cour de cassation, le 14 octobre 1986 (juri social 1986, F 84) a décidé que les dispositions de l'art. 416.3° prohibent toute discrimination non seulement à l'occasion du licenciement d'un salarié bénéficiaire d'un contrat de travail, mais également lors de son embauche, laquelle "ne revêt un caractère définitif qu'à l'expiration de la période d'essai", en l'espèce le congédiement d'un salarié en raison de sa nationalité marocaine en cours d'essai ne fut pas condamné. Il semble donc, les tests et les thèmes astraux en numérogie étant faits généralement durant la période d'essai, que le chef d'entreprise ait toute liberté pour choisir son candidat qui lui paraît le mieux convenir au profil de l'emploi à pourvoir en fonction de critères dont il n'a pas à rendre compte.

De plus, les critères des sciences occultes n'ayant pas été expressément prohibés par la loi ni explicitement retenus par l'employeur, les malheureux candidats nés sous un mauvais signe, avec un mauvais nom ne peuvent plus que tricher et donner ainsi que le suggérait lui-même, M. Naisse (35) le dirigeant de "divinitel", de fausses dates de naissance... Comme le Préambule de la Constitution de 1946 précise que "nul ne peut être lésé dans

(31) C. Brun, op. cit. pp. 74-75 et France Culture Grand Angle "Les voyants", op. cit.

(32) D. Lochak, "Réflexion sur la notion de discrimination", *Droit social*, 1987, n° 11, novembre 1987, p. 778 et s.

(33) Mais on observe l'apparition à la télé de "l'astrologie des chômeurs" régulièrement sur Antenne 2 "vous qui êtes à la recherche d'un emploi, sachez quelle profession convient le mieux à votre signe, apprenez à mettre en valeur les qualités que vous ont donné les planètes".

(34) Cf. jurisprudence de la chambre sociale du 20 novembre 1986 supra note n° 210.

(35) France Culture, Grand Angle les voyants op. cit.

son travail ou son emploi en raison de ses opinions et de ses croyances, les dispositions de la loi du 1er juillet 1972 relative à la non discrimination concrétisant cette idée constitutionnellement protégée nous renvoient à la protection par le droit de la liberté religieuse.

SECTION 2 - LA LIBERTE RELIGIEUSE

120 - Avant d'envisager les conséquences juridiques de la liberté religieuse sur les sciences occultes, il convient, liminairement, de tenter de délimiter le domaine du religieux tel que nous l'entendons ici. En effet, de nouvelles formes de religiosité se développent dans nos sociétés sécularisées, laïcisées et rationalisées. Il est alors délicat d'y rattacher certaines sciences occultes tant l'irrationnel présente aujourd'hui des formes complexes et diverses. Selon la définition des sciences occultes que nous avons retenue celles-ci peuvent se caractériser par la croyance, dans des degrés variables, en des entités, des forces suprasensibles, supra-rationnelles qui interviennent dans les affaires humaines et par la découverte et l'utilisation de leurs moyens spécifiques cachés par essence (36). La pensée ésotérique ou occultiste bien que trouvant ses origines et ses fondements à des époques très anciennes s'est surtout homogénéisée au dix-huitième siècle. Depuis une vingtaine d'années, celle-ci s'est structurée dans des associations, des groupements initiatiques chargés de la diffuser, de l'enseigner. Ce courant de pensée multiforme explore les dimensions et les énergies non-visibles, psychiques, occultes, spirituelles, cosmiques et se présente souvent comme une communauté spirituelle (37). De la société théosophique d'Alice Bailey datant du début du siècle à la spiritualité du "Nouvel Age" de l'Ère du verseau en passant par les religions "soucoupistes", les sectes lucifériennes (Wicca, la Licorne...) ou par le renouveau du paganisme (néo-druides, néo-germaniques, néo-égyptiens, néo-sumériens, sorciers...), ces groupements que certains qualifient de "sectes", d'autres de "minorités religieuses" (38) participent d'un même phénomène intéressant le sociologue et l'anthropologue des religions : le pluralisme religieux (39). Mais pour MM. Debbash et Pontier, le monde de l'occulte ferait certes partie de "l'infra-religieux" mais serait distinct d'un phénomène religieux proprement dit. En revanche, ils estiment que des groupements ésotériques constituent des sectes (40).

121 - En effet, on comptait, en 1982, sur les 116 sectes estimées en France, 45 groupes ésotériques ou syncrétiques comprenant environ 10.000 personnes (41). En outre, les autres groupes se rattachaient à des éléments de philosophies et de religions orientales notamment de l'Inde. Or, la source doctrinale de nombreuses sciences occultes et de l'ésotérisme en général se réfère à ces philosophies et à ces religions. Enfin, notre rapide enquête dans la

(36) Cf. supra n° 1 et s.

(37) J.-F. Mayer, "Sectes nouvelles : un regard neuf" les éditions du Cerf, Paris 1985, p. 26. A. Vivien, *Les sectes en France. Expressions de la liberté morale ou facteurs de manipulation ? Rapport au Premier Ministre*, la Documentation française, Paris 1983, pp. 38-39.

(38) E. Poulat, Préface de "Sectes nouvelles : un regard neuf", op. cit. p. 8.

(39) Ibidem p. 14.

(40) C. Debbash, J.M. Pontier, "La société française", op. cit. pp. 509 à 511 et contra, infra n° 122, note n° 223.

(41) C. Debbasch, J.M. Pontier op. cit. p. 511.

région d'Aix - Marseille, montre l'intérêt des praticiens vers ces mouvements religieux ésotériques et leur recours au régime juridique de l'association. Néanmoins, des personnes peuvent également se regrouper associativement pour librement diffuser une connaissance comme l'astrologie sans pour autant constituer une secte.

Aussi essaierons nous de décrire le cadre juridique de ces phénomènes de religiosité autour du concept de liberté religieuse que notre droit protège.

122 - Dérivée de la liberté d'opinion, la liberté religieuse peut s'appliquer aux sciences occultes dans la mesure où celles-ci expriment aussi un système de pensées et de croyances en "l'existence de réalités surnaturelles à l'égard desquelles l'homme est en situation de dépendance" (42) alors que l'aspect financier et commercial que revêtent les sciences occultes par ailleurs est stigmatisé par notre système juridique. A ce titre, nous nous interrogerons sur l'implication de la notion juridique de laïcité dans le rôle de l'État face à ces phénomènes ainsi qu'à la liberté d'association avec laquelle elle peut se combiner.

§ 1 - La protection de la liberté religieuse par la laïcité républicaine

123 - Le concept juridique de laïcité. Dans un régime laïque et libéral, l'État ne peut juridiquement porter un jugement de valeur sur un mouvement religieux. Si politiquement et philosophiquement, le contenu du concept de laïcité est régulièrement discuté, en droit comme l'écrit M. Rivero "Les textes législatifs, les rapports parlementaires qui les commentent, les circulaires qui ont accompagné leur mise en application ont toujours entendu la laïcité en un seul et même sens, celui de la neutralité religieuse de l'État" (43). Cependant comme l'observe M. Ricci (44) cette neutralité peut revêtir deux formes différentes, une forme négative se traduisant par une abstention de principe de l'État dans le domaine religieux, une forme positive où l'État traitera d'une manière égalitaire toutes les religions et leurs manifestations extérieures. Source de nombreux principes de notre droit public, la laïcité repose sur des bases textuelles très puissantes que nous présenterons dans un premier temps, avant de montrer dans un second temps, l'application qui peut en être faite en jurisprudence à l'égard de groupements à vocation ésotérique ou religieux.

(42) J. Rivero, "Les libertés publiques" T. 2, Le régime des principales libertés, collection *Thémis*, P.U.F. 1989, p. 173. Pour l'anthropologue des religions, il existe un risque d'éthnocentrisme à dégager une catégorie universelle de la magie, bénéfique ou maléfique par opposition à la religion, qui serait en réalité notre propre définition de la magie (entendue comme point de départ évolutionniste et d'"infra religieux" puisque dans les sociétés traditionnelles "magie" et "religion" seraient inextricablement liées). Nos catégories linguistiques occidentales (religion, magie, sorcellerie, occulte...) ne recouvriraient pas forcément, selon M. Bastide, les catégories des autres populations. Cf. *Encyclopédie Universalis*, verbum "magie" p. 476 et supra n° 23 et s. contra supra n° 120 note n° 221.

(43) J. Rivero, La notion juridique de laïcité *D.* 1949 p. 137.

(44) J.-C. Ricci, Laïcité, vieux débat ou question nouvelle - Les rapports Eglise - Etat en France, *Revue de recherche juridique, Droit prospectif*, n° 3, 1989, p. 705 et s.

A/ Les dispositions normatives

124 - Historiquement marquée en France, la notion de laïcité est apparue dans la loi du 3 ventôse an III pendant la Révolution mais c'est la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État qui régit actuellement le droit en la matière. Mettant fin au régime concordataire de 1801 à l'exception des départements d'Alsace - Moselle, l'article premier de la loi dispose que *"la République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions ci-après dans l'intérêt de l'ordre public"*. En outre le Préambule de la constitution du 27 octobre 1946 donna plein effet juridique et valeur constitutionnelle à l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui proclame que *"nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi"*, ainsi qu'à l'article 11, précisant que *"la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme"*. La Constitution de la Vème république de 1958 reprendra expressément la Déclaration des droits de 1789, l'énumération de ceux du Préambule de 1946 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et dans l'article 2 sera affirmée que la France *"assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances"*. De même la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ratifiée par la France en 1974 et intégrée en droit public en vertu de l'article 55 de la constitution protège la liberté religieuse. Cette liberté de conscience, reconnue à tous les citoyens, est une des composantes, avec la liberté de culte, de la liberté religieuse selon M. Rivero (45). Le Conseil constitutionnel après avoir reconnu la valeur constitutionnelle des normes juridiques contenues par référence dans le préambule de la constitution de 1958 (46) a admis dans des décisions ultérieures (47) le principe de liberté de l'article 2 de la Déclaration de 1789 relative au respect des croyances et des consciences ainsi que sa reconnaissance parmi les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

125 - Ainsi comme l'observait M. Carbonnier (48) les "sectes" bénéficient de la protection du droit par le biais de la liberté de conscience et l'État laïque ne saurait les distinguer d'autres confessions religieuses en ayant recours au critère de la nouveauté, du nombre, des rites, du contenu de la doctrine.

Pour l'État, toutes les religions et les croyances s'équivalent parce qu'elles sont libres, ainsi selon M. d'Onorio, celui-ci se désengagerait "du domaine métaphysique relevant du for des consciences dont le seuil" lui

(45) J. Rivero, *"Les libertés publiques"*, op. cit. p. 172.

(46) L. Favoreu et L. Philip, *"Les grandes décisions du conseil constitutionnel"*, Paris, Sirey, 5ème édition 1989, p. 231 et s. à propos de la décision du 16 juillet 1971, A.J.D.A., 1971, p. 537, n. J. Rivero, J. Robert, Propos sur le sauvetage d'une liberté, *Rev. dr. publ.* 1971, p. 1171 et s.

(47) L. Favoreu et L. Philip, op. cit., décision du 15 janvier 1975 relative à la loi Veil sur l'avortement p. 277 et s. et décision du 23 novembre 1977 sur la liberté d'enseignement et de conscience, p. 354 et s.

(48) J. Carbonnier note sous Nîmes 10 juin 1967 op. cit.

deviendrait infranchissable (49). En conséquence, tous les cultes, de l'ancienne religion reconnue au nouveau mouvement ésotérique ou occultiste, sont libres, ont droit à une égale protection et aucun d'eux ne peut être l'objet d'une attention ou d'une hostilité particulière de la part de l'État. Encore faut-il que la jurisprudence précise ce qu'il convient d'entendre par "culte" ou "religion".

B/ L'application prétorienne

126 - En l'absence de définition légale du culte, la jurisprudence à l'égard des sectes l'a défini comme l'ensemble des manifestations extérieures d'une religion donnée. Deux conditions sont nécessaires pour qu'il y ait juridiquement une religion: l'existence d'une foi spirituelle et celle d'une communauté humaine dont les membres sont réunis par un système de croyances articulé autour de cette foi (50). Le Conseil d'État, dans une approche parfois restrictive, a pu refuser le caractère de culte à l'Église de scientologie et à l'Église du Christ scientiste qui a pour but "de guérir en soutenant la vérité telle qu'elle est révélée dans la Bible et interprétée dans Service et Santé avec la clef des Écritures par Mary Baker Eddy (51). Enfin, la prochaine union européenne à l'occasion du développement de la vie associative, pourrait selon certains auteurs faire évoluer les différents régimes juridiques des cultes, l'appréhension du fait religieux par les différents états membres de la C.E.E. étant fort différente (52). A cet égard la liberté d'association et celles qui en découlent sont des moyens juridiques privilégiés pour exprimer des nouveaux courants de pensées ésotériques en participant d'une nouvelle spiritualité.

§ 2 - La protection de la liberté religieuse par la liberté d'association et de réunion.

127 - Notre système juridique consacre plusieurs libertés publiques étroitement liées entre elles en matière de croyance et de religion: liberté de pensée, de conscience, liberté de culte, liberté d'association et liberté de réunion. L'ensemble de ces libertés peuvent concerner le phénomène des groupements minoritaires religieux dans une plus ou moins grande latitude. Parfois même, elle peuvent être utilisées pour la diffusion, l'élaboration de sciences occultes comme l'astrologie avec une grande efficacité sans pour autant présenter un type d'organisation sectaire. Ainsi le Conseil d'État a pu refuser la qualité de culte à l'association "Fraternité des serviteurs du monde

(49) J.-B. d'Onorio "Les sectes en droit public français" *J.C.P.* 1988 doct., 3336.

(50) Nîmes 10 juin 1967 op. cit.

(51) Arrêt du 14 octobre 1985, Association pour l'étude de la nouvelle foi, recueil Lebon p. 284 et arrêt du 6 juin 1986, association culturelle "3ème Eglise du Christ scientiste à Paris" 56497 in *J.C.P.* 1986, 2, droit administratif, 463 et supra n° 78 note N°1 13. Sur l'inculpation de membres de l'Église scientiste durant l'été 1990 dans la région d'Aix Marseille.

(52) Elie Alfandari et Michel Jeantin, "Le projet d'association européenne", *J.C.P.* éd. G, 1988, doct. 3345 pp. 28. 33. P. Valdrini, J. Vernay, J.-P. Durand, O. Echappé, *Droit canonique*, Précis Dalloz Paris, 1988, n° 964.

nouveau" (53) au sens de la loi de 1905 en raison de la nature de son activité qui était la diffusion et l'édition de publications doctrinales.

Selon le Conseil d'État "en admettant même qu'elle ait ainsi pour objet l'exercice d'un culte", cette activité n'en serait pas la fonction exclusive. Cependant, au double plan des réunions publiques et des différents types d'associations offerts, les adeptes de ces nouveaux courants spirituels, reconnus ou non comme des cultes, peuvent largement et librement s'exprimer.

A/ La liberté de réunion.

128 - En vertu du principe formulé par l'article premier de la loi du 30 juin 1881, les réunions publiques sont libres. La réunion se caractérise par une pluralité de participants, par le caractère limité de sa durée, par la définition d'un but (sa nature n'étant pas indifférente puisqu'il doit être l'exposé d'idées, d'opinions ou la défense d'intérêts) enfin par l'exigence d'un déroulement dans un lieu privé puisque la loi de 1881 interdit les réunions sur la voie publique. Par conséquent des réunions d'initiation, des conférences-débats sur l'astrologie, la numérologie, telle ou telle science divinatoire, les extraterrestres et la religion raëllienne sont parfaitement licites. Le contrôle juridictionnel est, de plus, strict sur d'éventuelles interdictions administratives. Ces réunions ne sont pas soumises au régime de la déclaration préalable qui a été supprimé par la loi du 23 mars 1907, ainsi, la liberté d'organisation est large. La réglementation se limite à l'organisation intérieure (désignation d'un bureau), à la prévision d'un horaire, au contrôle éventuel de l'autorité publique et surtout à l'interdiction de "tout discours contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, ou contenant provocation à un acte qualifié crime ou délit" (54).

129 - Cette limitation très importante à la liberté d'expression nous renvoie ici à la délicate question de savoir si les sciences divinatoires font partie ou non de l'ordre public (55). On comprend ici toute l'importance de la jurisprudence civile et pénale qui par sa sévérité ou sa tolérance dans l'application de l'article R.34. 7 du code pénal, ou par la qualification d'escroquerie ou d'autres délits des pratiques de certaines sciences occultes, peut infléchir ainsi le droit des libertés publiques. Les nombreuses réunions publiques tenues très fréquemment à Paris ou dans d'autres villes pourraient bien, dès que les textes seraient appliqués sévèrement, se voir interdites par l'autorité administrative. En pratique, ces réunions sont largement tolérées et tendent d'ailleurs à se transformer en "semaine de la voyance, de l'Étrange, du

(53) C.E. 21 janvier 1983, "Association Fraternité des serviteurs du monde nouveau" Lebon, p. 28 cf. également P. Valdrini, J. Vernay, J.-P. Durand, O. Echappé, Droit canonique, précis Dalloz, op. cit. n° 962-bis citant CE, 14 octobre 1985, "Association de l'étude de la nouvelle foi, Lebon p. 284 et CE, Ass., 1er février 1985, "Association chrétienne les témoins de Jéhovah de France, Lebon p. 22, Rev. dr. publ. 1985 p. 483 à propos d'associations à but non véritablement ésotérique.

(54) J. Rivero, Les libertés publiques, op. cit. p. 365.

(55) Cf. supra n° 52 et s.

Surnaturel" ou autres "salons du paranormal" drainant chaque année des milliers de visiteurs et se déroulant sur des périodes de plusieurs jours (56).

130 - Le régime de la déclaration préalable, distinct du régime de l'autorisation préalable nécessitant une réponse favorable de l'autorité administrative, serait exigé si ces "réunions" se déroulaient sur la voie publique constituant alors des rassemblements, des manifestations, des processions et si elles n'étaient point "traditionnelles" au sens que la jurisprudence donne à ce terme pour les processions religieuses ou civiles (57). La déclaration est une simple formalité et seule, l'interdiction prononcée par l'autorité administrative rend illégale la manifestation. En définitive, le régime juridique des réunions publiques est donc très libéral qu'elles aient lieu ou non sur la voie publique. Seules des menaces de troubles graves, des entraves à la circulation publique, des interdictions d'origine pénale comprises dans la notion d'ordre public pourraient s'opposer ainsi à cette forme de liberté d'expression. Il en est de même lorsque des occultistes ou des spécialistes de sciences divinatoires exercent leur droit d'association.

B/ La liberté d'association

131 - Historiquement liée avec la question de la liberté religieuse, la liberté d'association a été consacrée par la loi du 1er juillet 1901 dont les principales dispositions ont reçu valeur constitutionnelle au titre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République du Préambule de 1946 par la décision du conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 (58). Le législateur de la III^{ème} République, empreint des idées rationalistes et individualistes de 1789, malgré sa crainte d'une résurgence des associations religieuses, posa le principe général de la liberté de s'associer en créant trois types d'association: simple, déclarée ou reconnue d'utilité publique. Sur cette base juridique inchangée, le développement de la vie associative tout au long du XX^{ème} siècle s'est accru, diversifié dans la vie collective, collaborant parfois avec les pouvoirs publics. Dès lors que la pensée occultiste s'organisait, développant des écoles se réclamant de traditions différentes, le souci de pérenniser ce que de modestes réunions avaient d'éphémères, vit le jour.

132 - Ainsi certaines "sectes" ésotériques ou plus simplement des personnes désireuses de diffuser une pensée ou de se structurer peuvent avoir de nos jours largement recours aux trois modèles associatifs de 1901. Dans le rapport Vivien établi en 1982 par le Premier Ministre il apparaissait que 80 % des mouvements de minorités religieuses se sont constitués en associations déclarées (59). Parmi elles, l'article 4 de la loi du 2 janvier 1907 a prévu que le culte peut aussi être exercé "au moyen d'associations régies par

(56) *Le Nouvel Observateur*, "La France surnaturelle", op. cit. p. 13, par exemple le salon "parapsy" à Paris a enregistré en février 1989, 60.000 entrées contre 25.000 en 1986.

(57) Par exemple C.E. 10 février 1909, Abbé Olivier, *Recueil Lebou* p. 181 ou 24 décembre 1920, Lœuillet, *Recueil Lebou* p. 1116. La jurisprudence exige une dizaine d'années d'exercice pour qu'une cérémonie publique soit dite traditionnelle. Egalement J. Robert, *Libertés publiques*, avec la collaboration de J. Duffar, Précis Domat, éd., Montchrestien, Paris, 1988, 4^{ème} éd. pp. 428-429.

(58) Cf. supra n° 124 note n° 227.

(59) Rapport Vivien op. cit. p. 75-74.

la loi du 1er juillet 1901", ce que l'on désigne par le vocable d'associations cultuelles. Nous étudierons donc surtout ce type d'associations correspondant à la pratique des groupements ésotériques (60). Notre système juridique a ainsi une attitude libérale vis à vis de la formation des associations puisqu'il ne permet aucun contrôle à priori. Cependant cette liberté de principe comporte d'importantes limitations qu'il conviendra de présenter après avoir examiné le régime juridique de l'association déclarée et cultuelle.

1) Le régime juridique de l'association déclarée

133 - D'une manière générale, l'association est envisagée par le législateur sous l'angle contractuel. Ainsi l'article 1er de la loi de 1901 relative au contrat d'association définit celle-ci comme "*une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances et leurs activités dans un but autre que celui de partager des bénéfices*". Des auteurs ont montré que l'association est aussi une institution qui a son origine dans un accord de volontés (61). L'article 2 ajoute que "les associations de personnes pourront se former librement, sans autorisation", la déclaration préalable n'étant obligatoire que pour celles qui voudraient obtenir la capacité juridique (article 5). La déclaration préalable doit faire connaître le titre et l'objet de l'association, le siège de ses établissements et les noms, professions, domiciles et nationalités des administrateurs.

134 - Mis à part l'exercice d'un contrôle des commissaires de la République à l'occasion des déclarations effectuées au moment des différentes étapes de la vie associative (création, modifications statutaires, changement des administrateurs, acquisitions immobilières...), le contrôle de l'État sur les associations à caractère religieux déclarées au régime général, intervient dans le domaine financier et dans le domaine du droit du travail. L'administration fiscale peut demander la communication des livres comptables et effectuer des vérifications. Les associations ayant la qualité juridique d'employeur doivent respecter le droit social en tenant un livre de paie par exemple, communicable aux agents de contrôle de la sécurité sociale.

135 - Quant aux associations cultuelles, l'article 18 de la loi du 9 décembre 1905 les définit comme des "associations formées pour subvenir aux frais, à l'entretien et à l'exercice public d'un culte" et doivent être constituées conformément aux articles 5 et suivants de la loi de 1901 c'est à dire au régime général des associations déclarées. Néanmoins des règles spécifiques s'appliquent. C'est ainsi que l'article 19 de la loi de 1901 prévoit que ces associations "pourront recevoir, dans les conditions déterminées par la législation relative à la tutelle administrative en matière de dons et de legs,

(60) Mais M. d'Onorio dans son article "Les sectes en droit public français" op. cit., cite le cas de l'association non déclarée sans personnalité morale à l'abri de tout contrôle administratif mais pouvant néanmoins former des recours administratifs pour excès de pouvoir, le cas de l'association reconnue d'utilité publique, à ce jour non retenue par aucune secte (pouvant recevoir des libéralités mais contrôlé étroitement par la puissance publique) et le cas du système de "la congrégation religieuse" pour l'instant réservé aux congrégations catholiques mais pouvant faire l'objet d'une évolution pour d'autres religions si la situation se présentait un jour.

(61) J. Rivero, Les libertés publiques, op. cit. p. 382.

les libéralités testamentaires et entre vifs, destinées à l'accomplissement de leur objet ou grevées de charges pieuses ou culturelles" alors que les associations simplement déclarées ne peuvent en recevoir.

136 - Le Conseil d'État saisi pour avis, repris par une circulaire du Ministre de l'Intérieur du 27 juillet 1982, a, le 29 juin 1982 précisé que l'autorité administrative sollicitée pour autoriser une libéralité doit prendre en considération l'intérêt public et peut la refuser dans les cas où les conditions de son exécution porteraient atteinte à l'ordre public, l'intérêt national, la sécurité des personnes, les bonnes mœurs ou la tranquillité publique (62). "La notion d'ordre public est relativement mieux définissable que celle d'intérêt public, qui selon M. Robert, utilise des critères plus subjectifs dans la mesure où l'on se pose la question de savoir s'il est opportun, sur la base d'une politique bien comprise des associations face aux intérêts globaux de la communauté nationale, de promouvoir et d'encourager, soit en les reconnaissant, d'utilité publique, soit en autorisant les libéralités qui pourraient les aider, tel ou tel type d'association" (63). Autant de notions "flexibles" qui peuvent permettre aux pouvoirs publics de refuser des libéralités aux "sectes", appelant ainsi de la prudence pour éviter tout risque d'arbitraire. Le Ministère recommande même la mise en route d'une enquête de police en cas de doute sur la réalité des activités cultuelles ou sur la conformité avec l'intérêt public des agissements de l'association.

Un contrôle plus rigoureux sur le plan financier est également prévu sous la tutelle de l'Administration de l'enregistrement et de l'Inspection générale des finances. Si la capacité juridique de l'association est proportionnelle à la rigueur du contrôle, son but et certains de ses agissements peuvent la faire disparaître juridiquement.

2) Les limites de la liberté d'association

137 - M. Mayer, envisageant les critiques qu'encourent les sectes après les avoir longuement étudiées, estime qu'elles s'ordonnent autour de deux grands axes: "criminalisation et médicalisation" (64).

En effet si des groupes poursuivent des buts criminels en commettant des infractions sous un camouflage religieux, il est légitime que le droit mette fin et réprime ces associations. De même si les adeptes d'une minorité religieuse, conditionnés par leur maître refusent des soins requis par leur état, la justification spirituelle ne peut s'effacer devant les impératifs de la santé publique. C'est ainsi que l'Église de la scientologie dont on a refusé le caractère de culte, a vu plusieurs de ses membres, ministres du culte inculpés d'escroquerie, d'exercice illégal de la médecine et de violences volontaires, récemment dans le sud de la France (65). Bien que l'Administration ne puisse porter aucun jugement de valeur sur les appellations, le contenu de ces associations, autorisant ainsi la plus grande fantaisie, la nature contractuelle resurgit lorsque sont nulles et de nul effet les clauses qui ont une cause ou un

(62) Rapport Vivien op. cit. p. 75 et s.

(63) C.E. 1er février 1985, "Association chrétienne les Témoins de Jehovah de France", op. cit., note J. Robert, *Rev. dr. publ.* 1985, p. 504.

(64) J.-F. Mayer, "Sectes nouvelles : un regard neuf", op. cit. pp. 99-100.

(65) Cf. supra n° 78 note n° 113.

objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs (66). Aussi sommes nous de nouveau confrontés au problème que nous avons envisagé plus haut à propos des sociétés commercialisant la divination ou l'occulte et des contrats ayant cet objet ou cette cause (67). En l'état actuel de notre droit, une association ayant pour vocation la divination au sens où l'entend la jurisprudence, l'exercice de médecines non reconnues ou la réalisation d'une activité recouvrant le délit d'escroquerie, pourrait être aisément annulée et dissoute. Mais l'on sait qu'en pratique et en jurisprudence, la solution est confuse et complexe. Tantôt la jurisprudence civile notamment la cour d'appel de Paris peut se montrer sévère avec l'astrologie tantôt des tribunaux de police peuvent se montrer indulgents (68). Toutefois, la très grande acceptation sociale sous-tendue par une large légitimation médiatique ainsi que la conception restrictive des sciences divinatoires en jurisprudence peut laisser penser que la plupart des associations diffusant l'astrologie, la numérologie, l'ésotérisme sous tous leurs aspects peuvent exister licitement. A la condition néanmoins, que l'activité doctrinale soit prépondérante par rapport à l'activité "para commerciale" à laquelle le juge pénal demeure très hostile en réprimant le délit d'escroquerie superstitieuse ou sous couvert de religiosité.

138 - Enfin l'autorité administrative dispose de moyens plus directs pour assurer le respect de la tranquillité et de la sécurité publique. Elle peut se baser sur des motifs de police générale interdisant par exemple les sacrifices humains ou animaux (69), les mutilations rituelles ou les simple tapage nocturne (70). Elle peut aussi avoir recours à des polices spéciales visant la protection des mineurs, les quêtes sur la voie publique, les établissements scolaires privés, les contrôles fiscaux, la sécurité des bâtiments, les règlements d'hygiène et de santé sociales (71).

139 - La recherche d'un juste équilibre entre la liberté religieuse et les libertés publiques qui en découlent d'une part et la protection de l'ordre public d'autre part est à ce point délicate qu'elle est à la frontière de toutes les intolérances et de toutes les décisions arbitraires possibles. L'apparition de ces nouvelles formes de religiosité, la diffusion d'une pensée occultiste dont il est parfois difficile de départager la théorie et la pratique, tant elles sont liées, pose à nos sociétés, historiquement et culturellement marquées par la révélation judéo-chrétienne, des questions nouvelles, nécessite des

(66) L'Association ainsi incriminée encourra la dissolution judiciaire ou encore la dissolution administrative sur la base de l'article 9 de la loi du 1er juillet 1972. Ainsi la cour d'appel de Paris, le 4 juillet 1989 (juris data n° 89 24500) a sanctionné une association exerçant frauduleusement l'activité d'exorciste, les juges la qualifie en outre de "secte".

(67) Cf. supra n° 46 et s, 52 et s.

(68) Cf. supra n° 52 et 65.

(69) Le décret n° 80. 791 du 1er octobre 1980, J.C.P. 1980, 111, 50 423 interdit l'abattage des animaux hors d'un abattoir à l'exception en jurisprudence de la fête musulmane de l'Aïd El Kébir. On pense alors aux sacrifices de poulets dans certains actes de magie noire pratiqués de nos jours.

(70) J.-B. d'Onorio, Les sectes en droit public français, op. cit.

(71) Cf. Rapport Vivien pp. 76 à 90 sur le détail de l'ensemble des infractions pénales pouvant s'appliquer avec les différentes réglementations spéciales ainsi que les statistiques de condamnations. (elles sont en définitive très rares et portent sur des infractions mineures).

ajustements périlleux entre le droit et les mœurs qui ne tarderont pas à se développer au fil des années.

CONCLUSION DE LA 2ÈME PARTIE

140 - Exerçant les libertés que le droit leur reconnaît, les praticiens de l'occulte connaissent des nouveaux terrains de prédilection.

Sous l'angle théorique, ces mouvements de pensée jouissent de larges espaces d'expression dans le cadre d'une vie associative, simple ou culturelle. Sous l'angle pratique, l'étrange au service de la connaissance du monde et des hommes s'étend à la sphère économique de l'entreprise.

L'enquête monographique que nous avons menée montre que la réalité sociale est plus conforme à un droit aux sciences occultes favorable à l'expression de toutes les croyances quels que soient leurs principes et leurs conséquences.

141 - Mais l'occulte envisagé en tant que forme de spiritualité ainsi que son application en droit du travail risquent d'être socialement mal acceptés.

En effet, bien souvent, la plupart des formes d'expression des sciences occultes rencontrées dans des ouvrages de vulgarisation, dans les magazines ou les émissions télévisuelles, s'adressent à un public plus désireux de trouver des réponses simples à des questions intéressant son avenir immédiat que de rentrer dans un système de pensée ésotérique, hermétique qui le dépasse, le réservant ainsi à des élites. De même, les impératifs de la législation sociale en France permettent de penser que les sciences occultes appliquées aux techniques de gestion du personnel devraient encore être discrètes et concerner des emplois de haut niveau. Partagé entre la légitimation et l'interdit, notre droit ne cache pas ses contradictions.

CONCLUSION GÉNÉRALE ESPRIT ES-TU LÀ, DROIT ES-TU LÀ ?

142 - Les sciences occultes constituent dans la France contemporaine un phénomène social remarqué. Le sociologue et l'historien diront dans quelques années s'il est le révélateur résiduel de croyances traditionnelles ou au contraire l'expression même du monde dans lequel nous vivons. Mais à la différence d'autres sociétés où l'occulte détient une position légitime dans les structures sociales, celui-ci fait l'objet, en Occident, d'une attitude partagée. Certains le refusent catégoriquement au nom de la science ou de leurs conceptions religieuses, d'autres s'y consacrent plus ou moins totalement, quelles que soient d'ailleurs leurs convictions philosophiques ou spirituelles. Qu'ils se tournent vers des pratiques anciennes ou détournent les ordinateurs au profit de la superstition, nos concitoyens témoignent d'angoisses, d'espoirs auxquels la civilisation moderne ne peut répondre par ces moyens habituels que sont la science ou l'éducation. Les consciences se retrouvent peut être face aux questions du mal et de la mort plus démunies qu'auparavant. Aussi, la quête du bonheur, de l'explication globale du monde ne passe plus par les chemins de la raison et les sciences occultes fascinent, prospèrent comme ultime recours. Bien que la terminologie change, les figures des "sorciers", de la "voyante" perdurent et le discours du droit sur le sujet non plus n'a guère évolué. Reflet des conceptions rationalistes du XIXème siècle, le rôle du droit des sciences occultes consiste à rechercher un équilibre entre la liberté d'expression et de diffusion des croyances spirituelles quelles qu'elles soient d'une part et l'interdiction de leur exploitation commerciale d'autre part. Tirer profit de la crédulité de l'homme, utiliser mercantilement des croyances ou des forces supra-naturelles invérifiables par l'expérience, sont des comportements condamnables en droit français. Tirailé par l'évolution des mœurs et le nécessaire respect de la loi, le juge, bien souvent, ne peut s'abstraire de données culturelles et historiques, l'amenant vers une certaine indulgence envers les cas les moins graves. L'idée de confiance que l'on rencontre dans les relations existant entre les praticiens et les personnes qui viennent les trouver pourrait également expliquer la modération ou la sévérité du régime juridique comme c'est le cas dans d'autres domaines du droit (72). Cependant, devant la place et l'essor du phénomène, certains en appellent au droit. Des praticiens s'organisent pour garantir le sérieux de leurs compétences, tentant d'établir une déontologie interne pour lutter contre le "charlatanisme".

Face à la crise de la rationalité que subit l'Occident, les adversaires des sciences occultes de leur côté considèrent comme un "impératif de notre époque" (73) d'enrayer leur propagation dans la société par des moyens légaux. On peut se demander, en effet, si le rôle du droit est de distinguer les astrologues, les sorciers, les voyants ou les numérologues sérieux des incompetents. Quels seraient alors les critères "objectifs", "universels" permettant de l'établir ?

(72) C. Atias, *"Les personnes, les incapacités"*, coll. droit fondamental, Paris, P.U.F., 1985, p. 69.

(73) H. Broch, *"Le paranormal"*, op. cit. p. 205, également *"La loi et les chimères"* par H. Caillavet in A. Cuniot, *"Incroyable mais faux"* op. cit. p. 307 et s.

Les professionnels intéressés n'y parviennent pas (74), et les scientifiques condamnent l'ensemble de ces pratiques sous réserve d'une recherche, d'un examen critique des causes de certains phénomènes inexplicables.

Il semble par conséquent qu'à la question de la présence de l'Esprit, le droit n'ait pas à répondre. Pourtant, le droit est là. De nombreux textes sont d'une applicabilité certaine mais sommeillent dans les codes. La volonté et la possibilité juridiques de marginaliser les sciences occultes en ôtant la dimension commerciale de leur objet existent virtuellement et parfois pratiquement.

A l'heure où une ville américaine semblerait avoir utilisé les services d'un radiesthésiste, siégeant en cour de justice, pour contribuer à la déclaration de culpabilité ou d'innocence d'un accusé (75), la question de l'utilisation de la "radiesthésie policière" pourrait à nouveau se poser dans d'autres pays (76). Quant aux pouvoirs des médiums, des auteurs se penchent sur leur rôle dans les services secrets (77). Même si en France, pays cartésien s'il en est, nous n'en sommes pas encore là, le droit a été confronté à la place et à la fonction qu'il attribue au surnaturel en général dans un système judiciaire et juridique. Cette place ne fut pas toujours celle d'un repoussoir car le surnaturel comme instrument de jugement et d'exécution est entré dans le droit lorsque seuls les esprits qui savent ont suppléé aux moyens classiques de détermination et de preuve jugés incapables d'établir des faits. Il en était ainsi au temps des ordales (78).

Apparemment étrangers l'un pour l'autre, le droit et les sciences occultes pourraient, de cette manière, entretenir des relations plus ambiguës, moins éloignées qu'il ne semblait.

(74) Ainsi, une association dénommée "Delta Blanc" formée par une célèbre astrologue et une voyante non moins connue avait voulu regrouper les praticiens autour d'un code de déontologie, rigoureux, en trois ans d'existence, seuls trois professionnels y ont adhéré, rapporté in "Ça m'intéresse, la voyance", op. cit. p. 26, cf. également à propos de notre enquête p. 116.

(75) J. Randi, "Flim Flam !", Buffalo, N.Y., Prometheus Books, 1982 cité par H. Broch, "Le paranormal", op. cit. p. 205.

(76) A. Bessemans, Paul M.G. Lévy, "La radiesthésie dite policière et la recherche des disparus", R.I.C.P.T., 1953, n° 4 p. 276.

(77) L. Collins, "Dédale", Paris, éd. R. Laffont, 1988 et, "Les médiums de la C.I.A.", *Le Nouvel Observateur*, "La France Surnaturelle", op. cit. p. 16.

(78) A. Dorsinfang Smets, "Réflexions sur les modes de preuve dans l'action judiciaire des sociétés dites primitives", Recueils de la société J. Bodin pour l'histoire comparative des institutions, tome 18, p. 33.

GLOSSAIRE

(Réalisé à l'aide de J. et A. Dessuart, "La voyance", Coll. Que sais-je ? Paris, P.U.F. 1980.)

ARITHMOMANCIE : le nom plus moderne donné à ce mode divinatoire est la numérogie. Art qui consiste à prédire l'avenir par le symbolisme des chiffres et des nombres, souvent associés aux lettres de l'alphabet auxquelles il confère une valeur numérique.

ASTROLOGIE : étude générale des relations existant entre les positions planétaires, les signes du Zodiaque et la destinée de l'individu.

BIBLIOMANCIE : c'est la divination dans un livre, dont on ouvre une page au hasard, interprétant ensuite les phrases qu'elle contient comme oracle. On utilise généralement la Bible chez les chrétiens. Autre nom donné à ce procédé divinatoire : stichomancie.

CAFÉDOMANCIE : c'est le nom donné à la voyance dans le marc de café.

CARTOMANCIE : divination par les cartes à jouer ou les tarots.

CHIROMANCIE, CHIROLOGIE, ou CHIROSCOPIE : étude de la destinée par l'analyse des lignes de la main et de ses formes particulières.

CLAIRVOYANCE : nom donné à la faculté paranormale de voyance que possèdent certains sujets : les clairvoyants plus communément appelés voyants.

CRISTALLOMANCIE : il s'agit de la divination à l'aide d'un cristal, généralement une boule.

ENCROMANCIE : voyance dans les taches d'encre.

ESP : (Extra Sensory Perception), en anglais, soit PES en français : Perception extra-sensorielle. Abréviation fréquemment utilisée en parapsychologie scientifique.

EXTRA-LUCIDE : nom donné à un sujet clairvoyant au siècle dernier. Ce terme est maintenant tombé en désuétude.

GRAPHOLOGIE : art de prédire l'avenir en étudiant l'écriture d'un individu. Cette méthode prend des allures de plus en plus scientifiques en rapport avec la psychologie.

HYPNOSE : sommeil artificiel provoqué par certains moyens chez des sujets sensibles. On utilise l'hypnose pour tester des dons de voyance latents.

MANCIE ou **MANTIQUE** : méthode ou procédé favorisant l'apparition de facultés parapsychologiques en voyance.

MEDIUM : nom donné à un sujet sensitif dans la doctrine spirite, ayant la capacité de communiquer avec l'au-delà et les défunts.

NÉCROMANCIE : un des plus anciens modes divinatoires. C'est la voyance par l'évocation des morts.

ONIROMANCIE : interprétation et explication des rêves, considérés comme prophétiques.

PARAPSYCHOLOGIE : science nouvelle tendant à mettre en évidence par l'étude expérimentale des fonctions psychiques de l'homme non incluses dans la psychologie scientifique comme la télépathie, la clairvoyance, l'influence à distance, etc.

POSSESSION, INCORPORATION : expérience spirite pendant laquelle le médium, en état de transe, abandonne son corps et son esprit à une entité désincarnée afin qu'elle s'y manifeste.

PRÉCOGNITION : connaissance par PES d'un événement qui ne s'est pas encore réalisé.

PRÉMONITION : avertissement d'origine extra-sensorielle touchant à des faits à venir.

PSI : lettre de l'alphabet grec qui sert à désigner en para-psychologie les sujets ou les faits paranormaux.

SPIRITISME : nom moderne de la nécromancie. Doctrine émise au siècle dernier par Allan Kardec.

SUPPORT : synonyme de mancie, nom très en vogue actuellement chez les voyants pour désigner les méthodes ou objets qu'ils utilisent pour favoriser leurs voyances.

SUPRANORMAL ou **PARANORMAL** : tout ce qui se situe au-delà du connu, du normal.

TÉLÉKINÉSIE : déplacement d'objets à distance par la seule influence psychique.

TÉLÉPATHIE : transmission de la pensée, en dehors des sens connus, entre deux individus.

HUGO SUICIDOGRAPHE : *LES MISÉRABLES*, OU LA DÉSINTÉGRATION PAR LA LOI

Par

Anne ENSMINGER
*Chargée de Recherche au C.N.R.S.,
Laboratoire de Sociologie juridique,
Université Panthéon - Assas, Paris*

"Le temps des suicides commence"
MALRAUX, *Antimémoires*, V, 2

1. SUICIDE ET PERTINENCE ÉPISTÉMOLOGIQUE DE LA FICTION

1.1. Suicidographies, suicidologie

- 1.1.1. Tableaux statistiques et peinture des mœurs
- 1.1.2. Dessesins en pointillés

1.2. *Les Misérables* et le va-et-vient social

- 1.2.1. Une société investie par l'écriture
- 1.2.2. Une socialité capitalisatrice d'écriture

2. FAIM DE LA FIN, FIN DE LA FAIM

2. 1. Continuum suicidaire et délimitation de l'acte

- 2.1.1. Le suicide installé dans un roman d'espoir
- 2.1.2. Le suicide insinué dans un roman d'aventures

2.2. Nosologie nomologique

- 2.2.1. Tir tendu : in codice venenum
- 2.2.2. Ricochets : pœnæ sine lege

CONCLUSION

INTRODUCTION

Le Droit, qui est sempiternel combat, n'aime guère le suicide, qui est auto-soustraction à l'existence et à ses luttes. Le juriste que le suicide intrigue trouvera, ici et là, des mises au point doctrinales qui, pour être exhaustives ou brillantes, n'en achoppent pas moins sur un éternel obstacle, à savoir que le suicide doit être reconnu comme tel pour pouvoir être pensé selon telles ou telles modalités. En fait, c'est la constitution du suicide comme objet de réflexion qui s'avérera grosse de difficultés : sous un même vocable, beaucoup de choses, trop diverses pour que le risque de se payer de mots ne soit pas immense. En vérité, le Droit court ici des risques -et des chances- strictement équivalentes à celles de la sociologie, dont la fondation, on le sait, doit beaucoup à l'étude du suicide. L'explication en est facile : une science de la société n'ingère et ne traite que des "data" socialement reconnaissables, c'est-à-dire ceux dont l'identification requiert un minimum de consensualité, d'où un certain conformisme épistémologique dans la définition du champ. Hâtons-nous de le dire, semblable limitation est génératrice de sagesse, tant il est malaisé d'agir à qui pratique le doute systématique, ou à qui s'exile trop loin des vérités de sédimentation. Est-ce pour autant qu'il faille renoncer à provoquer quelques dérangements ? Nous ne le pensons pas. Ce serait un mauvais service à rendre, tant au Droit qu'à la sociologie, que de faire silence sur les éléments susceptibles non seulement de redistribuer quelques modalités respectives, mais aussi, et surtout, de mieux faire discerner peut-être tel fragment de leur terrain commun. Et s'il n'en résultait aucun accroissement territorial immédiat, au moins y gagnerait-on une idée plus précise du bornage actuel.

Pensons maintenant à ce qui pourrait plaire à notre Droit dans le suicide individuel : par exemple, l'expression d'une volonté forte, l'ambition de dominer l'incalculable, de réduire les incertitudes. Devrait-on parler de positivisme suicidoïde ? Or ce sont ces caractères qu'au bout du compte le regard sociologique réduit à peu de choses, sans parler du verdict psychiatrique. Il semble qu'alors le Droit et la sociologie soient destinés à ne se rencontrer, sur le point du suicide, qu'à la condition d'en dédramatiser la charge, autrement dit, de vider les suicides de ce qui, en chacun d'eux, est originalité micro-historique pour n'y plus voir que des unités d'état-civil ajoutées indéfiniment les unes aux autres, en fonction d'un commun aspect -soi contre soi- dont l'appréciation n'est pas aussi évidente qu'il paraît. Revenir au drame ne signifie pas s'y complaire, ni s'enfermer, cas après cas, dans des particularismes monadiques tout gonflés d'un vécu individuel toujours différent, inépuisables et fascinants. Au contraire, il s'agit ici de solliciter ce que nous appelons, faute de mieux, faute d'être Dieu, la connexion socio-individuelle. La littérature nous y aidera, pour des raisons qui seront développées en chemin, mais qui toutes gravitent autour d'une caractéristique propre à la fiction : l'existence d'une quantité définie de mots, de cas, de personnages. Encore faut-il établir la pertinence du choix.

Quatre grands romans de Hugo s'achèvent sur un suicide : Quasimodo se laisse mourir près du corps supplicé d'Esmeralda, Gilliatt se noie au départ de Déruchette mariée par ses soins, Gwymplaine saute à la mer

quand meurt Dea et que la Chambre des Lords lui est à jamais hostile, Cimourdain enfin se brûle le cœur lorsque tombe, de son fait, la tête de Gauvain. Sur plus de quarante ans, le dénouement par autolyse est un ressort essentiel de l'inspiration et de la technique hugoliennes en matière de récit. Cette constante, qui n'a pas complètement échappé à l'attention de la critique littéraire (1), pourrait ne pas laisser indifférent le jurissociologue, à la condition toutefois que soit manifeste l'engagement de cette production fictionnelle dans une description du suicide où le Droit jouerait un rôle de premier plan.

Sans doute aura-t-on remarqué que, toujours, quelque élément juridique accompagne la disparition volontaire des héros que l'on vient d'évoquer. Pourtant, quitte à ne justifier positivement ce choix qu'un peu plus loin, c'est à un autre roman, *Les Misérables*, que nous circonscrivons ici notre propos. Contentons-nous de dire, pour l'instant, que ni *Notre-Dame de Paris*, ni *Les Travailleurs de la Mer*, ni *L'Homme qui rit*, ni *Quatrevingt-treize* ne présentent, soit absolument, soit suffisamment, avec l'époque où ils furent composés, ce caractère de contemporanéité qui peut leur conférer valeur de témoignage.

L'objet de cette contribution sera donc, premièrement, d'apprécier l'enrichissement que le matériau fictionnel est susceptible de représenter pour une science sociale assez généralement consommatrice exclusive de "realia" ventilés par la statistique, et deuxièmement de décrire, au plus près du texte romanesque, l'implication du Droit dans la problématique du suicide, telle que la construit un romancier quelque temps législateur, et dont la productivité glorieuse s'affirma, après tout, dans les décennies juste antérieures à la formation intellectuelle de Durkheim.

1. SUICIDE ET PERTINENCE ÉPISTÉMOLOGIQUE DE LA FICTION

1.1. SUICIDOGRAPIES, SUICIDOLOGIE

A Durkheim, qui use du quasi néologisme "suicidographe" en un coin de son ouvrage (2), Jean Baechler fait écho avec la "suicidologie", dont il évoque la possibilité dès les premières lignes de sa grande étude. Est-ce à dire qu'il y a, en face d'une écriture progressivement constituée autour du suicide comme fait social, moral, légal, psychologique, philosophique ou historique, une sorte de science humaine particulière, régionale, exclusive, vraiment adéquate à l'objet-suicide et à lui seul, au point d'en revendiquer l'intelligence privilégiée ? Telle est, en raccourci, la position de Baechler (3).

Que faire, alors, de la suicidographie, entendue comme la masse des textes émanés de disciplines pour lesquelles le suicide n'a été somme toute

(1) Ainsi J. Seebacher, in *Hommage à Victor Hugo (Centenaire des Misérables)*, Strasbourg, 1962, à propos de "La mort de Jean Valjean" (p.69/83), voit-il évoluer la signification du suicide dans l'œuvre hugolienne. En revanche, une revue aussi minutieuse que celle de Romi, in *Suicides passionnés, historiques, bizarres, littéraires*, Paris, Serg, 1964, 330 p., omet toute référence à l'œuvre de Hugo, au profit du seul Balzac (p. 168/175).

(2) E. Durkheim, *Le Suicide*, rééd. P.U.F. 1986, 463 p. ; p. 148.

(3) J. Baechler, *Les Suicides*, Paris, Calmann-Lévy, 1975, VIII-650 p. ; p. 9.

qu'une rencontre et jamais une raison d'être, une étape et jamais une base ? On peut la considérer avec profit comme un conservatoire de visions du suicide, où la suicidologie puiserait nombre d'objets élaborés. Mais admettra-t-on dans la suicidographie, ainsi relativisée, des textes extra-disciplinaires, voire indisciplinés, venus de l'art et non de la chaire ? La logique d'une suicidographie du point de vue voudrait que tel soit le cas. Il reste à loger la suicidographie-littérature aux côtés de la littérature suicidographique, de manière que l'ensemble ne paie pas son nouvel enrichissement d'un désordre plus grand encore.

Pour aller vite, nous userons d'un argument a fortiori et nous nous efforcerons de dégager, dans les marges du moins artiste des suicidographes, en même temps "primus inter pares", Durkheim, la place expressément ou tacitement abandonnée à l'écriture d'invention. Viendront ensuite quelques réflexions sur les limites objectives à l'observation des suicides, c'est-à-dire sur ce qui fait que le suicide est, en tant que tel, voué à une exploration partiellement fictionnelle.

1.1.1. Tableaux statistiques et peinture des mœurs

La réification durkheimienne de ce qui, au départ, est aventure dramatique, multiforme et aléatoire, s'opère en deux temps : d'abord la définition inaugurale du suicide, qui subsume les suicides, puis la distribution chiffrée. Ainsi les actes au moyen desquels certains se tuent deviennent-ils ce "taux social" enfin préhensible par l'étiologie et digestible pour l'analyse multivariée. Il est clair que, selon Durkheim, le fait-suicide, ce sur quoi il s'apprête à raisonner, est au-dessus des expériences individuelles, ravalées au rang de conséquences, et au-dessous des forces suicidogènes qui hérissent la société. Si le fait n'est ni plus ni moins que le taux social, non seulement il n'existe véritablement qu'aux yeux du sociologue à l'affût de ses fluctuations, mais encore il est véritablement infomulable. Les nombres supplantent les mots, le taux ne parle pas, il manifeste. En le transportant au-delà des passions, Durkheim a soustrait le fait à toute exploitation narrative. D'où le fossé qui le sépare du psychologue -on songe à la fourmilière d'observations amassée par son prédécesseur Brierre de Boismont-, d'où également son affinité avec la science : le chiffrage est ici une condition nécessaire du positivisme. Il y a du comptable dans le savant. Jean Baechler n'hésite pas à affirmer que Durkheim, au fond, s'est moins intéressé au suicide, ou aux suicidés, qu'à la défense et illustration de la sociologie (4). On peut ajouter, dans son sillage, que la consolidation universitaire et politique de cette discipline -car Durkheim ne perd jamais de vue, à l'horizon de la sociologie, les intérêts de l'"ars gubernandi" et donc, la perspective du législateur- implique une rupture, une épuration, dans les modalités de la désignation de l'objet. Le refus du cas transforme le fait en donnée. Il n'est donc, pour le sociologue, de bonne matière première qu'élaborée, paradoxalement, par des manipulations superposées, anonymes, déjà sociales, qui lui font perdre tout ce qui ressemble à une individuation par où s'engouffreraient les mauvaises généralités du romantisme "égoïste". La

(4) Baechler, op. cit., p. 10.

plastique durkheimienne du fait dénote, au total, autant le refus de raconter que le besoin de décompter : plutôt retrouver la parole en glosant les variations des chiffres, que se livrer à des variations sur un vécu s'avouant invivable et, pour le moins, malaisément déchiffrable. Il semble bien que, devant une alternative méthodologique implicite, Durkheim coure plutôt le risque d'une franche erreur sur les chiffres -ponctuellement corrigéable- que celui d'une oblique invention. En définitive, outre la vie, le suicidé durkheimien perd encore la chance que soit reconnue -fût-ce par une simple formalisation langagière- la portée générale de son cheminement original vers la mort.

Ce n'est pourtant pas que Durkheim nie ou ignore la variété des suicides, avec l'"empreinte personnelle" que "chaque suicidé donne à son acte" (5). Certes, le sociologue paraît redécouvrir les individualités qu'il avait un temps mises entre parenthèses, mais c'est pour les abandonner aussitôt, puisque les conditions spéciales de chaque suicide échappent à la causalité sociale dont les ressorts ont été si longuement dégagés. En revanche, il est une "marque collective", imprimée par les facteurs sociaux, qui permettra d'établir a posteriori la morphologie que la méthode dite "renversée" avait renvoyée derrière une étiologie principielle. On ne trouvera donc que la morphologie de cette étiologie-là, et elle se résout en une caractérologie plus ou moins satisfaisante. A ce point de son œuvre, Durkheim vérifie et affine ses thèses par la psychologie typologique, où les couleurs élémentaires sont sans cesse guettées par des mixtions incertaines. Quant à l'aventure propre du suicidé, elle disparaît du champ intellectuel : d'abord parce que c'est la partie sociologiquement épiphénoménale du problème, ensuite parce qu'elle n'est pas commode à observer. La récolte des témoignages est toujours insuffisante (6), et le suicidant est le moins bien placé pour décrire son comportement. Sur le fond, rien n'a varié, l'aventure-suicide n'est toujours pas traitée, elle ressortit complètement à l'anecdote au sens étymologique, soit l'inédit, l'impublié. Voilà qui ne serait pas grave si la marche au suicide n'était le plus souvent vécue par les intéressés comme une manière de porter radicalement témoignage contre un environnement, de se désimpliquer du social proche.

En un mot, le martyre, entendu lui aussi au sens étymologique, est anecdotique. Il a néanmoins une dimension sociale intrinsèque. Y aurait-il donc du social sociologiquement récusable ? Plus important : quel statut donnera-t-on aux observations d'un Brierre de Boismont, qui ne laissent pas d'exister, même si elles sont suspectes ? Durkheim ne se fera pas faute d'y recourir pour émailler sa morphologie d'échantillons significatifs (7). La contradiction est flagrante, en même temps que fort instructive pour ce qui est de l'usage durkheimien du récit. En effet, Durkheim ne décide pas si le récit des suicidants est crédible ou non, ou plutôt il récusé et admet tour à tour sa validité. On peut résoudre en apparence la difficulté en disant que si Durkheim répugnait à partir de toutes ces observations, il se réservait d'y choisir quelques éléments intéressants pour corroborer une étude sociologique déjà bien assise par cinq gros chapitres. En vérité, la voix des suicidants, seulement audible après l'analyse sociologique du suicide, est traitée comme un

(5) Durkheim, *op.cit.*, p. 312.

(6) *ibidem*, p. 140/141.

(7) Durkheim, *op. cit.*, p. 317, 319, 329.

discours secondaire quoique frappant, comme un détail récupérable. Textes d'illustration et non de fondation, les écrits des suicidés sont anecdotiques, cette fois au sens ordinaire, précisément quand ils ont droit de cité. Vrais ou faux, peu importe, puisque les deux se mélangent dans un récit de pure figuration. On reconnaît là sans peine le traitement que les sciences humaines réservent assez généralement à la littérature, réservoir commode dans lequel on se donne latitude de puiser, une fois que les jeux sont faits (8).

Halbwachs ouvre ses *Causes du suicide* par cette remarque qu'"on se tue beaucoup dans les pièces de Shakespeare et dans tout le théâtre romantique" (9) ; après quoi, il n'est plus question de littérature. Durkheim, sans avoir recherché l'élégance de l'incipit, rencontre plus souvent les belles-lettres. Nous laisserons de côté quelques références historiques à Montaigne, Sénèque, Cicéron, qui, chez un humaniste, ne sont rien de plus qu'un appel à de grands témoins. A ne retenir que la littérature de création, on trouve quatre grands auteurs, tous romantiques : Goethe, Chateaubriand, Lamartine et Musset (10). Pas un mot sur Victor Hugo. Quelle que soit la tendance psychologique illustrée -mal de l'infini, complaisance pour le néant, horreur de la contrariété, inassouvissement-, la référence littéraire est présentée comme une excellente description. Autant dire que, du Romantisme, Durkheim détache tout ce qui relève trop évidemment de la fiction -c'est-à-dire la narration- pour ne conserver que certains passages analytiques, volontiers monologués, qui exposent un pur état d'âme. La lecture durkheimienne d'une littérature réduite à un Romantisme rabattu sur la dénotation intime est donc marquée de scientisme, et la littérarité n'intervient comme telle que pour conférer à la description une valeur paradigmatique supplémentaire qui, parce qu'elle est culturelle, recèle une portée sociale. Manière de signaler au lecteur qu'il circule dans le patrimoine esthétique d'excellentes mises en perspective de telle ou telle pente suicidaire. Il appartient au sociologue de les découper pour en rehausser son propos. En définitive, seule est tolérée ici une littérature éminemment statique, dans laquelle l'œuvre entière va s'abolir au profit du fragment. Ni structures, ni tensions, ni action, ni intersubjectivité ne sont mobilisées pour penser mieux le suicide.

Il y aurait quelque anachronisme à reprocher à Durkheim de n'avoir pas eu cinquante ans d'avance sur la critique littéraire alors contemporaine, ou de procéder à une appréhension très zolienne de certains textes romantiques. On trouvera au contraire dans cette limite l'aspect le plus intéressant de Durkheim lecteur, lequel rejoint l'optique de l'École naturaliste, hantée par les modèles scientifiques. Voilà qui n'étonne pas d'un sociologue-savant. Cette littérature, allégée de l'invention et de l'événement, n'est admise à la figuration que dans l'exacte mesure où elle est limitée à un mécanisme univoque. L'analyse dont elle est porteuse ne dépasse pas le stade de l'introspection, elle n'est pas sublimée par une glose intégrée au texte, comme c'est justement le

(8) La sociologie de la littérature elle-même n'a pas toujours échappé à ce travers : pour apprécier l'évolution récente, on se reportera au numéro 70 de la revue *Littérature* (mai 1988), et spécialement à l'article de Régine Robin, "De la sociologie de la littérature à la sociologie de l'écriture, ou le projet socio-critique" (p. 99/109).

(9) M. Halbwachs, *Les causes du suicide*, Paris, Alcan, 1930, 520 p. : p. 1.

(10) Durkheim, op. cit., p. 304 (*Faust, Rolla, Namouna*), 315 (*Raphaël*), 322 (*Werther*) et 323 (*René*).

cas chez Hugo, dont on comprend mieux alors la mise à l'écart. Pour reprendre une formule d'Alain, il y a comme une rivalité d'atelier entre la manière hugolienne et la méthode durkheimienne qui, toutes deux, ont la généreuse ambition d'expliquer pour réformer. La condition faite à la littérature par cette sociologie, pour compréhensible qu'elle soit, n'en prive pas moins l'investigation et d'un terrain, et d'une possibilité d'expansion.

1.1.2. Desseins en pointillés

Tous les décès par suicide sont loin d'être identifiables, et le jeu des raisons est bien connu, qui vient distendre ici et là les mailles du statisticien. Les travaux anciens, les approches historiennes, les chiffres fournis par les pays à forte pesanteur idéologique, sont guettés par la minoration suicidophobe : pression religieuse, désapprobation sociale, propagande édénique, crainte d'une action judiciaire combinent leurs effets. Il en va assez différemment de la société occidentale moderne, où primerait plutôt, dans cette volonté de masquer, une fuite du milieu familial devant la responsabilité morale que d'autres proches ne manqueraient pas de souligner, ou encore la peur de laisser supposer qu'il y a, dans la famille, des forces de déséquilibre. Et, pour un suicide soustrait, combien de tentatives évanouies, notamment par peur de l'intervention psychiatrique et de la suspicion professionnelle ? A quoi l'on peut ajouter certaines difficultés purement techniques dans l'évaluation des suicides non maquillés : chutes, noyades, accidents de la route, overdoses, etc. et surtout, une part hypothétique de ces disparitions dont le nombre annuel est à peu près équivalent à celui des suicides comptabilisés. Peu importe ici le détail : il suffit qu'il y ait des suicides dissimulés, ignorés, juste soupçonnés, pour que l'on critique une appréhension du suicide dont la quantification serait le seul point d'appui. Il est bien possible que l'incidence statistique de cette face cachée soit, elle aussi, approchable quantitativement, et même qu'elle soit négligeable après quantification. Mais l'important est ailleurs : c'est que le suicide est, dans la représentation qu'on s'en fait, un domaine où le soupçon s'installe aisément, et confère au phénomène une forme assez différente de celle que donnent les chiffres. En inventant sa propre mort, on peut la confisquer aux autres ou se la voir confisquer par eux. Dans la mesure où ce dénouement est, au niveau de son identification même, un enjeu social assez profondément cryptique et ressenti comme tel, il justifie un recours raisonnable aux catégories de la fiction. Ce n'est pas seulement le suicidé qui fait le suicide, ce sont aussi les témoins, plus ou moins intéressés, car ils sont à même de le défaire. La fiction commence avec cette manipulation sociale qu'est déjà l'enregistrement problématique d'un événement sensible entre tous.

Inversement, on peut être amené à appeler "suicides" des morts accidentelles ou criminelles. Tel mourra en nettoyant une arme, tel autre dans une scène de débauche. L'enregistrement de ce genre de fin est ambigu, car même si, en l'absence de signes dénotant une autolyse manifeste, l'enquête conclut prudemment à l'accident, la rumeur intéressée, voire l'information journalistique, courent dans le sens du suicide, sinon du crime. Il arrive encore que la version du suicide soit présentée comme plus digne aux yeux de l'opinion.

Tant et si bien que la différence entre la réalité et l'identification est redoublée par un écart entre les enregistrements légal et public. Le pourcentage de ce genre d'aventures peut être assez insignifiant pour ne pas inquiéter le sociologue des quantités ; il en va autrement si, à l'occasion d'une suicidologie rigoureuse, on élargit la sociologie à l'étude systématique des impacts communicationnels, donc si l'on examine l'usage stratégique des erreurs, des inventions, des reconstructions, et des trous de l'information. Il y a fort à parier que peu de crimes sont rhabillés en suicides, que peu de crimes et d'accidents sont officiellement classés sous cette rubrique. Mais la chose se rencontre assez pour provoquer quelques grandes obsessions médiatiques, qui contaminent l'image générale de l'acte -et voici les affaires Stavisky, Monroe, Figon, Nut, etc. Certaines tentatives de majoration du suicide aboutissent, en fait, à sa criminalisation perpétuelle par le jeu des hypothèses (11). Sur ce point, le patrimoine historique du suicide a rencontré le Droit dès l'origine, en même temps que la fiction. La version suicide d'une mort permet de raturer une réalité inavouable, ou de la suggérer quand elle n'existe pas. Bref, si l'assassinat, parfois, est l'un des beaux-arts, le suicide n'est pas en reste.

Autre suicidomanie, en l'absence même de tout suicide, celle qui consiste à abuser du qualificatif, et à appeler "suicidaire" toute entreprise individuelle, collective, physique, morale, importante ou anodine, qui recèle une part évidente de témérité. Le référendum du 27 avril 1969 n'a pas été autrement traité par nombre d'observateurs. Abus de langage ? Logique du sens, plutôt. La ductilité inhérente au suicide commande cette diffusion extra-factuelle, le brouillage de l'acte appelle la métaphore. La créativité de l'auto-destruction, inflationniste si l'on veut, équilibre la déflation dont nous esquissions précédemment les contours. Est-il question de suicide ? Voici qu'aussitôt le trop et le trop peu se précipitent. Et ce double enveloppement montre combien, en la matière, le procès-verbal est dépassé de tous côtés par le mot et par le fait.

Non seulement Durkheim retrouve l'intention individuelle après son large périple au milieu des facteurs concomitants, mais il est bien contraint de l'intégrer dès le début de sa recherche, pour la raison que la volonté est un élément obligatoire de la définition du suicide. Ce qui n'éclaire pas sur les motifs, bien entendu. Quoi de plus différent, en apparence, que les morts de Lequier, Brossolette, Mishima ? Il reste à savoir si la volonté peut être découplée des motifs, et si la description segmentée du processus suicidaire est acceptable. Or il semble que trop souvent la réflexion sur le suicide verse soit dans une fascination dont la volonté de disparaître serait le véritable objet, soit dans le découpage et la taxinomie des motifs. Sur l'un ou l'autre aspect, tout a été répété plusieurs fois. Nous esquisserons simplement ici les nervures d'une dynamique suicidaire à deux pôles. Le langage courant affectionne l'expression "pousser au suicide". Il y a pourtant là un couple de forces complémentaires. Pousse au suicide une aventure personnelle dont les aspects sociaux, indéniables, sont réfléchis et retravaillés dans une intimité dont l'accès est presque impossible. Sénèque s'est-il suicidé ? Et Rommel ? Attire vers le suicide, non pas l'imitation au sens durkheimien, mais la masse des

(11) Voir par exemple le commentaire de J. Tulard sur la mort de Jean Seberg : "Suicide ou assassinat ?" (in *Dictionnaire du Cinéma*, Paris, Laffont, 1984, tome II, p. 841 B).

précédents, immédiats ou lointains, qui range en chacun de nous un Musée Grévin de l'autolyse, prêt à s'ériger en Panthéon (12). Le plus solitaire des actes accompli par le moins cultivé des hommes est connecté par lui à des précédents, à une information stochastique préalable. Pour être peuplée d'ombres, la masse des suicidés antérieurs n'en constitue pas moins une société complète, avec son échelle de héros et d'irresponsables, sans oublier son double fond littéraire de personnages inventés, troublants incitateurs, Werther ou Martin Eden. Autant de moniteurs qui prouvent que le paradoxe d'une mort recherchée est réitérable, et qu'un peu d'immortalité, ou peut-être un peu moins d'oubli, est le privilège d'une élite de morts volontaires, parmi tant de morts subies. Poètes de leur décès, les suicidés ne feraient-ils, eux aussi, que semblant d'être morts ?

On ne serre de près le suicide qu'en s'éloignant, sinon de la vérité, du moins d'une conception restrictive de la vérité qui la confine à la quantification de données "réellement" observables. Une sorte de mirage naturaliste trompe trop souvent la sociologie suicidographique quand, par souci de rigueur, elle veut délimiter la région-suicide grâce à un balisage périphérique. Il semble au contraire que ce genre de fin, notamment parce qu'il gomme mythiquement la frontière entre la vie et la mort, et fait perdre beaucoup de son sens à l'affrontement du vrai et du faux, exige la prise en considération de tout signe ou discours engagé dans la problématique. Bref, notre démarche suicidologique sera extensionnelle, ce qui ne signifie pas un recul de la critique, mais un accroissement de l'objet, et le déplacement de la notion de fait sur tout phénomène, fût-il purement intellectuel, qui vient augmenter le potentiel suicidographique. A titre d'application, voici donc une coupe à travers *Les Misérables*, roman suicidographique dont il convient de justifier la portée suicidologique : à cette fin, nous dégagerons trois de ses caractéristiques majeures.

1.2. LES MISÉRABLES ET LE VA-ET-VIENT SOCIAL

Deux partis pris apparemment contradictoires sous-tendent l'architecture des *Misérables* : le didactisme et le culte du mystère. Ce roman de la société malheureuse, s'il fourmille de data historiques passablement rassurants, est néanmoins prolixe en digressions informationnelles (13). Combien de personnages ne repartent-ils pas dans le noir après avoir éclairé un détail de l'intrigue ? Entre la leçon et le silence, s'installe une petite société que justement ces deux extrémités rendent plus crédible, en simulant les conditions ordinaires du savoir, ses certitudes et sa précarité. Parce que c'est son roman le plus ample, Hugo y a déposé tous les thèmes qui le hantaient depuis sa jeunesse, et la critique est unanime pour lire *Les Misérables* comme la somme du plus populaire de nos grands écrivains (14). Admettons

(12) Qu'on pense à la mort de Montherlant, et au cérémonial posthume qui a parachevé une existence vécue "more Romano".

(13) Digressions acerbement relevées par E. de Mirecourt in *Les vrais Misérables*, Paris, Humbert, 1862 (2 vol. in 18), tome I, p. 16 : "à leur place (de vos éditeurs), je vous aurais proposé d'intituler le tout *Mélanges démagogiques*, c'eût été plus simple."

(14) Voir par exemple P. Guiral, "*Les Misérables*, somme et sommet de l'œuvre de V. Hugo" in *Bulletin de l'Académie du Var*, 1985, p. 247/254.

un instant que *Les Misérables* soient ce miroir stendhalien promené le long du chemin : il est indispensable d'examiner d'abord l'élément social qu'il reflète. Mais le miroir fait partie, lui aussi, du paysage, et le roman s'intègre, ultérieurement, à la société : il est alors socialisé selon des modalités qui, elles-mêmes, méritent l'attention.

1.2.1. Une société investie par l'écriture

On ne peut manquer d'être frappé, dans les romans de Hugo, par une sorte d'"effet Larousse", et cela se vérifie encore avec *Les Misérables*, où le déroulement du récit est traversé d'impulsions encyclopédiques aux intensités fort diverses. Sans aller jusqu'à les détailler, nous relèverons trois caractères propres à l'ingestion romanesque de ces data, parce que toute l'épistémologie hugolienne en porte l'empreinte. Il s'agit d'un savoir faussé, contrasté et magistral. Faussé dans la mesure où le datum historique ou social n'intéresse Hugo que s'il peut être intégré à une vision mystique du monde à venir ; un arrangement microscopique autorise le passage naturel de l'histoire de tous les livres d'Histoire à cette histoire-ci qu'il raconte : pas plus que chez Balzac, il n'y a de solution de continuité entre le connu et le construit. Contrasté, ce savoir l'est, puisque les éléments injectés vont d'un petit détail à l'événement majeur, du linceul de Marat à la bataille de Waterloo, ce qui montre que le filtrage des "realia" porte sur autre chose que leur calibre apparent, et que la dignité du détail le sauve de toute chute dans l'anecdote. Magistral, enfin, par le ton et l'ampleur des développements, avec un aspect spécifiquement hugolien : la mission éducatrice de la littérature, mnémotechnique à sa façon, qui fait du romancier un savant social (15). En définitive, sans élimination du savoir, la perspective durkheimienne se trouve radicalement inversée : le fait est examiné dans ce qu'il a de plus spécifique, son importance ne provient pas des chiffres mais d'une parabole sociale précalculée. Vrai ou faux, il est sublimé dans cette catégorie supérieure que constitue, au-delà du vraisemblable, la pertinence. Pas de scotomisation, donc, même provisoire : "le regard du drame doit être présent partout" (16).

Dans quelle mesure le roman, une fois déchargé de son érudition, porte-t-il un témoignage sur la société française du XIXe siècle ? Reportons-nous à son titre, pour en chercher un commentaire que Hugo lui-même ne donne pas complètement (17). Avant d'être infâme ou infortuné, être misérable c'est, plus rarement sans doute, mais plus radicalement aussi, être infime. Hugo n'est ni le premier, ni le dernier à tempérer l'euphorie productiviste de l'époque par la représentation des pauvres, des laborieux, des laissés

(15) Nous citerons toujours *Les Misérables* dans l'édition Gallimard de 1951 (Bibliothèque de La Pléiade) sous l'abréviation HMP. Le romancier est désigné comme "l'historien des mœurs et des idées (...) des cœurs et des âmes" (HMP 1006), qui "suit la clinique sociale" (HMP 1025), car "l'histoire des mœurs et des idées pénètre l'histoire des événements, et réciproquement" (HMP 1007).

(16) HMP 1242. En effet, "la vraie histoire étant mêlée à tout, le véritable historien se mêle de tout" (HMP 1007). Dans la parodie de F. Tapon-Fougas, *Les Anti-Misérables, petite galerie des Misérables*, poème héroïcomique, Bruxelles, 1862, 256 p., cela donne : "ce roman touchant... A tout !" (Chant XVIII, II, p. 244).

(17) HMP 758 : "il y a un point où les infortunés et les infâmes se mêlent et se confondent dans un seul mot, mot fatal, les misérables".

pour compte. L'élément supplémentaire consiste chez lui, paradoxalement, en la mise en scène d'une soustraction : sur le misérable, le temps n'a pas mordu, ce qu'il était en 1482 dans *Notre Dame de Paris*, il le reste en 1832. Il est le déchet d'un mouvement historique dont la forme fuguée le laisse éternellement à la traîne. L'historicité s'avère inégalitaire, et permet ainsi la subsistance en plein présent, non pas seulement du passé, mais d'un pur indatable, qui a traversé toutes les époques antérieures de la même manière. La société abrite donc des cryptes où se réitère en se reproduisant une population bloquée sur un statut animal, et comme en état d'apnée historique. Sous un régime censitaire, cette population est l'inverse exact de l'électorat. Elle n'est pas facile à observer, quoiqu'elle se rencontre au coin des rues. Hugo lui donne volontiers les traits d'une jeunesse dont le vieillissement est accéléré et dont l'insertion familiale est dérégulée -enfants abandonnés, fille-mère-, voire régressive- comportement parental d'un aîné vierge. Mais l'historien complet dont l'écrivain s'impose l'exigeante mission la décèle, plus savamment, dans le folklore, et spécialement, dans l'argot, où elle vit, sans le savoir, sa propre aventure culturelle, tout orale, et véritablement sapide pour le seul humaniste ouvert à une humanité sans humanités. Car les misérables sont trop minuscules selon l'ordre de ce monde-ci pour être reconnaissables à des indices autres que négatifs. On ne les identifiera pas à leur place dans les rapports de production ; souvent plus végétatifs que prolétaires, ils n'ont pas d'ouvrage, ou n'en cherchent plus, vivant volontiers de mendicité, de rapines, ou de la soupe des prisons. Ils défient constamment le repère anthroponymique : Jean Valjean est un nom-prénom recouvert de plusieurs noms d'emprunt ; Fantine est moins bien lotie encore. Cosette ne se revanchera de son diminutif qu'au prix d'un état-civil fictif, les bandits sont connus par des noms de guerre imagés, Gavroche n'a qu'un surnom, et Thénardier le vertige des pseudonymes (18). Ainsi étrangers à l'économie et à l'individuation juridiques ordinaires, les misérables se définissent par l'étrangeté qu'ils ont en commun : l'identité niée, pire même, reniée. A ce niveau de déréliction, le suicide pourrait être décrit comme une issue tentante, et le sort que Hugo lui réserve en devient d'autant plus significatif.

Quoique le constat social préexiste logiquement au constat moral, ce dernier perce si vite chez Hugo qu'il semble occuper tout le terrain et réduire la dimension sociologique de l'écrivain à une affectivité virulente. Ce qu'une telle interprétation aurait de restrictif, nous pensons l'avoir suggéré en établissant le sens fondamental et peu sollicité du terme "misérables". Quitte à en revenir aux deux acceptions qui sont plus familières aux lecteurs du roman. Et d'abord, l'infâme. Le misérable est voué à la délinquance, sans que

(18) Pour Jean Valjean : HMP 88 ("son père s'appelait Jean Valjean ou Vlajeau, sobriquet probablement, et contraction de Voilà Jean") et HMP 1443 (Cosette s'y perd : "vous étiez mon père, vous n'êtes plus mon père, vous étiez mon oncle, vous n'êtes plus mon oncle, vous étiez monsieur Fauchelevent, vous êtes Jean. Qui êtes-vous donc ?"). Pour Fantine, HMP 129 ("Fantine avait au front le signe de l'anonyme et de l'inconnu") et HMP 130 ("À l'époque de sa naissance, le Directoire existait encore. Point de nom de famille, elle n'avait pas de famille : point de nom de baptême, l'Église n'était plus là"). Pour Cosette, HMP 1028 ("Cosette est un assez vilain nom qu'on m'a donné comme cela quand j'étais petite. Mais mon vrai nom est Euphrasie" explique-t-elle à Marius). Pour Babet, Gueulemer, Claquesous et Montparnasse, HMP 737. Pour Gavroche, HMP 611 ("Pourquoi s'appelait-il Gavroche ? Probablement parce que son père s'appelait Jondrette"). Pour Thénardier, "à qui les avatars étaient aisés" (HMP 962), ses cinq pseudonymes sont énumérés par Marius (HMP 1465).

la filouterie lui donne jamais la force de propulsion sociale suffisant à une véritable entrée dans l'Histoire. L'amas des miettes ne fait pas le pain, et c'est la différence avec l'univers balzacien. Au contraire, le misérable renforce, de manières diverses, le système dont il pâtit : par l'agression délibérée, avec le "gros coup" comme seul horizon d'action (19), ce qui justifie l'égoïsme du bourgeois et rend la police nécessaire ; par la vente du corps, qui enferme la femme dans l'économie du plaisir (20) ; par la compromission politique avec les sicaires du pouvoir (21) ; par l'entrée dans la police enfin, ce qui signifie, pour le misérable transfuge, une trahison des siens, en même temps qu'une forme plus perverse de confinement et de marginalité : Javert n'est pas Vidocq. Né hors de l'Histoire, il ne peut vivre le Droit que pénalement. Mais s'il s'en tenait là, Hugo se contenterait d'alimenter par fatalisme une idéologie de possédant. Or ce revers a un avers, le misérable est aussi un infortuné, il doit exciter avant tout la pitié. Il procède assez directement de ces "miserabiles personae" dont se préoccupait le Droit canonique (22). Le romancier incite à la réaction de charité en faisant reconnaître au lecteur un prochain dans le contemporain paradoxal qu'est le misérable, tout en encourageant entre les misérables eux-mêmes le sentiment de la proximité charitable. Cette vertu est ensuite intégrée à la réflexion politique, à ce que l'on pourrait nommer le socialisme distributif de Hugo. Il consiste à prôner la conciliation d'éléments à première vue incompatibles, tant au niveau de la fabrication -le mieux et le moins cher (23)- qu'à celui de l'économie politique -produire et répartir (24)- afin de dissoudre la question sociale dans la réconciliation du pauvre et du riche sans le moindre affaiblissement de la propriété. Hugo déplace le lieu et la qualité de la rupture sociale, révoque cette exclusion concrète et perpétuelle des hommes, au bénéfice de paires d'abstractions contradictoires dont il attend une complémentarité constructive. Telle est la condition pour que l'essai de topographie sociale devienne plan pour l'avenir, se mue en une idéologie qui revient à proscrire, avec toute ségrégation, cette auto-éradication de la communauté humaine vivante qu'est le suicide. On est loin du romantisme individualiste, celui de la sécession cultivée par un héros d'échec (25). Dans ce romantisme social, pacificateur, chrétien sans être clérical, le

(19) HMP 737/741 (description du quatorze bandits), 805 (le guet-apens), 938 (l'attentat de Montparnasse), 1038 (le projet de cambriolage).

(20) HMP 198 (*Fantine et Monsieur Bamatabois*, dont rien n'interdit de penser qu'il a été son client).

(21) HMP 1141 (*Claquesous-Le Cabuc est un indicateur de la police*).

(22) Voir par exemple Alvarez de Velasco *Tractatus de privilegiis pauperum et miserabilium personarum*, Matriti, apud Viduam I. Martin. 1630, in folio. Et chez G.M. Novari, *Tractatus de miserabilium personarum privilegiis*, Naples, D. Maccarani, 1637, in folio, au *Praeludium* VIII, 2 on lit : "miserabilis ut quis censeatur sufficit passum fuisse fortunae injuriam" et à VIII, 7 : "miserabiles personae vocantur, etiam quae propria culpa ad miserabilitatem inciderunt". Il est clair que le double sens de "misérables" tel qu'il est développé par Hugo était déjà pris en compte par la tradition canonique.

(23) Comme fait Jean Valjean à Montreuil (HMP 166).

(24) HMP 858 : "sachez produire la richesse et sachez la répartir ; et vous aurez tout ensemble la grandeur matérielle et la grandeur morale".

(25) Ainsi, en dépit d'une vigoureuse mise en cause de la responsabilité collective et d'un vocabulaire emprunté partie aux sciences sociales et partie à un jargon marxisant, c'est plutôt au romantisme de l'exaltation subjectiviste qu'au Hugo des *Misérables* qu'il conviendrait de rattacher le témoignage récemment paru sous le titre : *Parole de suicidaire, cette vie passée à la sauver*, Chronique sociale, Lyon, 1985, 135 p. Les suicidaires y figurent en effet des héros involontaires, qui souffrent d'être méconnus par la société. Présentés

suicide est évoqué comme un fait certes déplorable, mais dont on veut croire que les jours sont comptés.

1.2.2. Une société capitalisatrice d'écriture

Un drame, sept parodies, au moins quinze adaptations cinématographiques réalisées sur quatre continents, une profusion de jugements dès la publication, sans parler d'une bibliographie impressionnante ou de la présence indéfectible dans les anthologies (26) : ce roman est riche d'une postérité qui dilate notablement sa configuration initiale. Voilà un cas exemplaire de narration véhiculée bien autrement que par le texte, et dont les thèmes se trouvent détachés de la composition initiale pour circuler, sans être forcément trahis, dans un bruissement culturel entretenu par les moyens audio-visuels. Cette espèce d'exportation romanesque s'effectue à la faveur d'un double décalage. D'abord, l'inévitable segmentation : un aussi gros livre que *Les Misérables* ne saurait être distribué qu'au prix d'un nombre respectable de coupures ; de ce fait, le texte est replié sur le récit, et le récit contracté en quelques grandes scènes, si bien que les modalités de l'émission anticipent et exagèrent lacunes et limites du processus anamnésique. Or, sous cette forme séquentielle, la fiction est le mieux à même de s'insérer parmi les "choses vues", de se muer en références, allusions, associations d'idées, qui courront leur chance très loin du texte original : ainsi cet appauvrissement contribue-t-il à enrichir un maximum d'expériences individuelles. L'autre remodelage se révèle à travers un phénomène d'intersection figurative, favorisée par le contenu d'une œuvre axée sur la destinée sociale, et par la multiplicité des interprétations, qui empêche une incarnation particulière de figer les oscillations possibles. Personnages et situations dramatiques essaient alors dans le public une foule de simulacres, à mi-chemin entre la fiction qu'il accueille et la réalité qu'il fréquente, entre un récit vraisemblable, auquel on adhérera en raison même de cette vraisemblance, et une réalité sentie quelquefois comme invraisemblable, mais qui s'impose malgré tout, puisque c'est la réalité. La surmédiatisation des *Misérables* entretient une confusion empirique féconde entre le texte et ses dérivés, entre ceux-ci et un social à la dérive, quand elle ne comble pas les béances de l'œuvre au profit d'un excipient sociologique a priori indéterminé.

comme des "prolétaires de la vie, spoliés de leur identité" (p. 11), et des objecteurs de culture (p. 91), ils se justifient de repousser tout secours institutionnalisé, qu'ils taxent d'arrière-pensées récupératrices. Mais ils se contentent de dénoncer le machiavélisme de ceux qu'ils appellent "les administrateurs du suicide" et, en dernier ressort, incriminent l'absence des "outils mentaux" adéquats qui feraient prendre en considération l'exceptionnelle originalité de leur témoignage.

(26) Pour le drame et les parodies, on se reportera à la liste établie par Maurice Allem in HMP XXII/XXIII ; pour les adaptations cinématographiques, à la recension de G. Sadoul in *Les Misérables au cinéma* (Europe, février-mars 1962, p. 181/191) ; la bibliographie la plus à jour se trouve dans le recueil collectif *Lire Les Misérables textes réunis et présentés par A. Ubersfeld et G. Rosa*, Corti, 1985, 272 p., p. 261/272 : la surmédiatisation de l'auteur lui-même s'apprécie à partir de quelques faits révélateurs : la parution de *La vie de Victor Hugo en bande dessinée* par A. Morera et L. Bourgeois, Briand-Laffont 1985, ou la construction à L'Aigle (Orne) d'une "École Victor Hugo", dans laquelle chaque classe porte le nom d'un personnage : Jean Valjean, Esmeralda, etc. (voir *Femme actuelle*, n° 212, semaine du 17 au 22 octobre 1988, p. 14).

Mais l'œuvre est susceptible d'une autre forme de dissémination -qui est aussi, partiellement, occultation-, surtout quand elle propose, comme c'est le cas avec *Les Misérables*, une série de personnages forts qui finissent par émerger très haut au-dessus de leurs actes. Jean Valjean, Gavroche, Thénardier, Javert, sont de ceux-là, qui ramassent pour des décennies la force du dévouement, la gouaille tendre, la corruption morale et l'inflexibilité policière -suivis, mais à distance, par l'infortune de Fantine et l'innocence de Cosette. Ce phénomène appelle trois remarques. En premier lieu, la création de types moraux qui sortent du roman pour intégrer une glyptothèque imaginaire transforme la dimension éthique de l'œuvre en un message de pur moraliste, sauf que la carrure supprime le pur aphorisme. Tout en restant conforme au dessein de Hugo, la symbolisation sociale est une abstraction doublée d'une indéniable désintellectualisation. De là procède le second point, savoir la mise à l'écart, lorsque se constitue cette galerie, de plusieurs personnages capitaux, comme Mgr Myriel, Marius Pontmercy et M. Gillenormand. Il est probable que l'évêque de Digne, trop ecclésiastique aux yeux des uns, pas assez aux yeux des autres, était trop dépendant de la controverse religieuse et de la charité historique pour acquérir une authentique autonomie de caractère : aussi survit-il dans les mémoires comme une des incarnations possibles du prêtre de grande envergure. Le futur époux de Cosette, lui, ne se distingue pas vraiment de tous les ambitieux honnêtes choyés par les romans de l'époque, à commencer par ceux de Balzac : et le fait que Marius ait l'honneur de faire le titre d'une partie du roman -la troisième-, à l'égal de Fantine, Cosette et Jean Valjean n'y a rien changé. Quant à M. Gillenormand, ce bienveillant Géronte, il pâtit d'être une création trop littéraire, destinée aux "happy few" que touche la survivance du XVIIIe siècle en plein XIXe. La symbolisation sociale élimine donc tel protagoniste engagé dans une institution en crise, tel autre qui n'est pas vraiment original, et tel enfin qui appartient à l'esthétisme -bref, tout ce qui, lié à un environnement historique et artistique appelle la mise en œuvre d'un comparatisme culturel susceptible d'affecter les franches thèses du roman. Aucun de ces personnages n'étant d'extraction populaire, au contraire de ceux qui sont devenus des symboles, on peut en conclure que la symbolisation cale avec une grande sûreté l'œuvre sur son titre, en oubliant la part et l'apport des non-misérables, et en s'appuyant sur un "effet-plèbe" : elle repousse l'échantillonnage, exclut bourgeois et robins d'un roman qui avait exclu déjà les aristocrates, et oriente la vision collective sur un objet d'autant moins nuancé qu'il est perçu comme sociologiquement majoritaire pour l'époque, ce qui légitime ce recentrage romanesque, senti comme une confiscation "de droit". En dernier lieu, *Les Misérables* alimente peu, dans le public, la symbolique directe du suicide, bien que cette thématique soit, comme nous le montrerons bientôt, très présente. Cela parce que Javert est dramatiquement si gênant que sa disparition soulage, compte plus que les modalités précises de sa mort, et parce que les personnages-symboles organisent, au bout du compte, une vision morale plutôt optimiste, qui n'est pas sans rapport avec les allégories expressionnistes du réalisme socialiste.

Forme ultime de socialisation, et qui parachève la socialité du livre : la revendication, non pas argumentée, mais allusive, quand elle aliène l'œuvre

en quelques mots, pour lui faire servir une intention politique -au sens large du terme. Deux exemples suffiront, fournis par l'actualité au long cours, à des niveaux d'écriture et de réflexion très différents.

Commentant le licenciement d'une employée de Supermarché qui avait grignoté quelques-uns des bonbons qu'elle avait charge de vendre, *L'Événement du Jeudi* (27) parle de "juges qui se croient encore au temps des *Misérables*". Quatre écarts permettent cette collusion. D'abord, celui qui sépare une société de consommation d'une société de rétention, avec confusion de l'envie et du besoin. Ensuite, l'écart entre l'objet du vol et la qualification de l'acte : Jean Valjean -Hugo le précise bien- est envoyé au bagne pour des circonstances entendues à la lettre (28), compliquées d'un profil de braconnier, et l'employée est moins licenciée pour ces "deux bonbons" que pour avoir enfreint une réglementation par un acte qui, quoique d'ampleur minimale, est qualifié pénalement. Puis l'écart entre bagne et licenciement : encore que nul ne soit à proprement parler condamné au chômage -qui n'est pas une peine- en perdant son emploi : le chômage est-il le bagne moderne, ou le bagne moderne n'est-il plus que le chômage ? La pénalisation est alors pensée sur le mode de la pénalité. Enfin, ultimus sed non minus, vient l'écart entre une société réelle et une autre, fictionnelle, celle des *Misérables* ; elles se compénètrent pourtant intimement, puisque la légende emprunte au réel des éléments d'organisation objectifs -le Droit-, et que la réalité des supermarchés est forcément simplifiée tant à l'usage du lecteur qu'au bénéfice de la thèse journalistique et politique, avec un Droit complice de l'anti-socialité qui procède de l'inhumanité patronale. Ainsi, un fait social ponctuel est-il commodément dessiné ou redessiné dès que la revendication de l'héritage-*Misérables* le cautionne de sa dramatisation, et provoque au sein de son encadrement rationnel -où il y a assurément place pour la discussion, mais pas pour l'emphase- la déhiscence fatale dans laquelle les possibles, se pressant, bousculent la culpabilité première jusqu'à en inverser le siège et l'intensité : derrière le licenciement, le chômage, le désespoir, et peut-être le suicide du chômeur en fin de droits, combiné avec celui de l'enfant exagérément puni ?

Autre abordage émotionnel du même livre : la phrase finale de la longue incantation par laquelle Malraux accueillit, devant le Panthéon, les cendres de Jean Moulin (29). Le héros de la Résistance prend son rang dans la cohorte qui rassemble, entre autres, Carnot et les soldats de l'An II, Victor Hugo et *Les Misérables*. Au temple de la patrie reconnaissante, les hauts faits -poème historique, histoire poétisée- entrent avec les grands hommes. Dans ce cas, *Les Misérables* enveloppe la Résistance des humbles (30), se rencontre avec le gaullisme du rassemblement populaire (31), annonce la mys-

(27) Numéro du 14/20 avril 1988, article de Phil. Eliakim, "Le chômage pour une prune ou deux bonbons : supermarché, ton univers impitoyable", (p.18/19).

(28) HMP 90 : "Les termes du Code étaient formels". Hugo joue sur le double sens de l'adjectif.

(29) "Transfert des cendres de Jean Moulin au Panthéon (19 décembre 1964) in *Le Miroir des Limbes*, Gallimard (Pléiade) 1976, p. 990/997.

(30) Malraux, op. cit., p. 997 : "le peuple né de l'ombre et disparu avec elle".

(31) On pourrait aller plus loin, et déceler derrière cette allusion littéraire l'établissement, conscient ou non, de curieuses correspondances entre la fiction romanesque et l'histoire de la France libre, avec la superposition de Cosette et de la France en péril, des Thénardier et du

tique du torturé, aide à conjuguer l'œuvre utile et la disparition. Le martyr accepte son écrasement, s'il est la condition d'un basculement positif de l'Histoire. Pour le lecteur hors ligne qu'est Malraux, *Les Misérables* ouvre l'espace des foules à l'héroïsme individuel ; le livre d'abnégation est, corrélativement, livre de la mort affrontée, acceptée, mort presque volontaire des soldats volontaires.

Il y a donc dans *Les Misérables* quelque chose d'une Odyssée collective, quoiqu'individuellement vécue. Le roman s'attarde avec prolixité sur un marasme social désespérant, dont on ne peut certes pas s'extraire, tout au plus être extrait, moyennant l'excès sacrificiel d'une générosité prométhéenne. De la sorte, Hugo fait la part de la règle comme celle de l'exception, il accumule les déterminations pour mieux donner la mesure de la force qui aurait quelque chance de les déjouer. Le sauvetage inespéré de Cosette demeure un phénomène magique dont le merveilleux conforte a contrario les plus noires certitudes réalistes. Mais si la vie, en bas de l'échelle, est invivable, il reste néanmoins à définir certaines des conditions de l'asphyxie, celles qui dégradent la volonté de vivre en acharnement vital lacunaire.

2. FAIM DE LA FIN, FIN DE LA FAIM

2.1. CONTINUUM SUICIDAIRE ET DÉLIMITATION DE L'ACTE

Compte tenu de ce que le suicide est non seulement un acte, mais encore une idée et un mot plus ou moins détachés de cet acte quoiqu' ils y renvoient fatalement, nous rechercherons sa trace non seulement dans la narration au sens étroit mais aussi dans les parties didactiques et méditatives du roman. Le suicide des personnages se complique en effet de toutes les variations hugoliennes sur le même thème, qui font des *Misérables* un exemple instructif de suicidographie ouverte sur tout l'éventail sémantique de l'autolyse. S'il y a bien non pas "un" ou "le", mais "des" ou, plus exactement, "du" suicide entre l'arrivée à Digne et la sépulture au Père-Lachaise, l'objet de la recherche mérite une double approche : on s'attachera premièrement à ce qui relève du suicide tel que l'écrivain le présente explicitement, c'est-à-dire non le suicide au sens strict d'une indéniable autolyse, mais ce qui est qualifié de suicide ou de suicidaire dans les mots du texte, avec les étirements de sens que cela peut entraîner ; et deuxièmement, à mesurer la part implicite que lui réserve Hugo, c'est-à-dire ce qu'il n'étiquette pas comme suicide ou suicidaire, mais qu'il laisse plus ou moins comprendre et interpréter de la sorte, entre les mots, en s'en remettant au bon sens ou à la perspicacité du lecteur.

2.1.1. Le suicide installé dans un roman d'espoir.

Verbe ou substantif, on lit le mot quatorze fois, en onze rencontres (32).

Huit fois, il désigne simplement la mort volontaire, et trois fois autre chose. Dans le premier cas, il faut encore distinguer entre autolyse collective indirecte et autolyse collective directe. La fin de la Garde à Waterloo et la mort sublime des insurgés de 1832 sont appelées "suicide", soit par Hugo, soit par l'un des intéressés. On ne s'y tue pas soi-même, on s'y fait tuer sciemment par autrui, de qui l'on n'a pas eu raison ; plus le risque est certain, plus nette est l'expulsion symbolique de l'ennemi, à qui l'on renvoie grandeur nature l'image de son destin avorté. Le tué tue le tueur en effigie, faute de mieux. Il reste que cette mort à plusieurs n'en est pas moins mort de chacun. En la désignant comme suicidiforme, Hugo enfreint fructueusement le mutisme coutumier qui entoure les décès au front, où l'on ne veut officiellement voir que des morts de guerriers plus que des morts de soldats, et plutôt une substitution temporaire de normes qu'un dysfonctionnement du comportement normal, où prime le souci d'auto-conservation. Le sacrifice sur la proue de l'Histoire n'est pas sans rapport avec la servitude volontaire, qu'elle se rapporte au pouvoir actuel de l'État -à Waterloo, l'Empire-, ou à son pouvoir idéal -avec les insurgés, une République de rêve. Pour l'autolyse individuelle directe, visée six fois, elle met le mot "suicide" deux fois dans la bouche d'un personnage, une fois par plaisanterie, pour dramatiser sournoisement une situation, et une autre, dans le contexte d'une cascade de révélations. Sur les quatre occurrences restantes, une allusion d'auteur à la mort de Javert, et surtout trois courtes méditations sur des suicides possibles -une pour Marius, deux pour Jean Valjean. Autrement dit, il s'agit deux fois d'un fait accompli, le suicide de Javert, et quatre fois d'une éventualité. Encore celle-ci n'est-elle sérieuse qu'au sujet de Marius, effectivement tenté de se donner la mort, alors que pour Jean Valjean cette (dis)solution est déclarée inenvisageable. Si bien que l'autolyse individuelle directe se ramène à un seul cas de suicide accompli, celui de Javert, traité deux fois, par la voix de l'auteur puis par celle de Thénardier, manière d'en renforcer la crédibilité grâce à un effet de stéréophonie romanesque. Au-delà de cette acception réaliste

(32) Dans l'ordre de déroulement du roman : HMP 352 (la fin de la Garde à Waterloo ; "pas un homme ne manqua au suicide"). HMP 537 (le couvent ; "un suicide payé d'éternité"). HMP 575 (Fauchelevent à son collègue fossoyeur : "il ne s'agit pas de se suicider <pour quinze francs d'amende> et de profiter de la fosse"). HMP 879 (Marius séparé de Cosette ; "pente fatale qui aboutit l'un de ces deux trous, le suicide ou le crime. A force de sortir pour aller songer, il vient un jour où l'on sort pour aller se jeter à l'eau. L'excès de songe fait les Escousse et les Lebras"). HMP 1024 (la mort des civilisations ; "Quelle quantité de suicide y a-t-il dans ces morts terribles d'une nation et d'une race ? Questions sans réponse"). HMP 1193 (la guerre des gueux contre le droit commun ; "il y a du suicide dans ce duel"). HMP 1207 (discours de Combeferre à la barricade ; "les suicides comme celui qui va s'accomplir ici sont sublimes, mais le suicide est étroit, et ne veut pas d'extension ; et dès qu'il touche à vos proches, le suicide s'appelle meurtre"). HMP 1278 (Jean Valjean rejoignant les insurgés ; "si le suicide faisait partie de ce qu'il avait rêvé en venant dans ce sépulcre, de ce côté-là, il n'avait point réussi. Mais nous doutons qu'il eût songé au suicide, acte irréligieux"). HMP 1336 : "Le suicide, cette mystérieuse voie de fait sur l'inconnu, laquelle peut contenir dans une certaine mesure la mort de l'âme, était impossible à Jean Valjean". HMP 1372 (la mort de Javert vue par ses chefs ; "un accès d'aliénation mentale et <...> un suicide"). HMP 1469 (Thénardier apprend à Marius le suicide de Javert ; "celui qui a tué Javert, c'est Javert").

unique, s'organisent quatre hypothèses pour trois personnages : une attaque psychologique à blanc pour déstabiliser un camarade, un soupçon fugitif sur la clarté des motifs de Jean Valjean ralliant la barricade, la certitude qu'il ne se tuera pas s'il est remis au cachot, et le péril imminent que son mode de vie fait courir à Marius. Il est donc indubitable que le même mot, qui désigne a priori le même type d'autolyse, recouvre des indications dramatiques régulièrement espacées et très progressives. Quand le mot "suicide" désigne autre chose qu'une mort volontaire humaine, c'est à propos du clergé régulier, de la disparition des sociétés d'autrefois, peut-être "obstinées dans quelque vice fatal qui les a perdues", et enfin des insurrections populaires, lorsque "l'ochlocratie s'insurge contre le démos". Le suicide recouvre ainsi tour à tour le renoncement splendide, la persistance néfaste et la secousse ravageuse, notions entre lesquelles on aura du mal à ne pas voir quelques contradictions ; de plus, la mort biologique n'intervient -et encore, en filigrane- que dans le troisième cas. L'idée hugolienne du suicide, déjà exposée hors du drame individuel, emporte donc, outre l'idée de mort, celle de disparition, et, outre l'idée de vœu, celle de faute. Le suicide n'est pas un acte nécessairement volontaire, puisque la conscience y voisine avec l'inconscience ; il n'est pas forcément nihiliste, puisqu'il lui arrive de répondre à une conception de l'échange ; il n'est pas obligatoirement léthal, puisqu'il peut n'engager que des mortifications. En suggérant que, finalement, le mot n'exprime constamment que l'escamotage de soi, quelles qu'en soient les causes et les circonstances, Hugo dénonce l'insuffisance d'une désignation tranchée qui permet tout au plus d'entrevoir une expérience dont l'appréhension, loin d'être immédiate, oblige à la casuistique et à l'exégèse.

Autant qu'une autre, la casuistique suicidographique requiert, pour mettre pleinement en œuvre sa subtilité, une référence qui suscite le consensus. Celui-ci est facilité par la dimension du personnage. Javert est, bien sûr, le parfait contrepois de Jean Valjean, mais son importance apparaît à un détail peu signalé : lui seul fait deux fois, avec son patronyme, le titre d'un livre du roman, et, la seconde fois, il monopolise l'unique texte à n'être pas subdivisé en chapitres. Si court que soit le livre de sa mort, Javert l'occupe sans partage. Il est aussi le seul personnage du roman dont la disparition soit abondamment commentée comme autolyse formelle, tant par l'auteur que par les protagonistes. Sans rival à cet égard parmi les personnages fictifs, il cesse d'être isolé si l'on tient compte des allusions historiques, dont l'une a trait à l'actualité -le suicide, alors célèbre, des jeunes dramaturges Escousse et Lebras en 1832- tandis que l'autre est une citation contournée de Théophile de Viau (33) ; la première illustre la pente suicidaire de Marius, la seconde concourt au pittoresque du cabaret Corinthe, quartier général des insurgés, que Hugo situe symboliquement à l'endroit précis d'un suicide anonyme prétendument passé dans la littérature. Ces suicides accomplis importés dans le roman apportent discrètement la caution d'une extériorité capillaire à un tissu fictionnel dans lequel la thématique suicidaire est directement énoncée. Mais le cas majeur d'autolyse demeure la mort de Javert (34). Ses mécanismes engagent trop d'éléments pour être étudiés dès à présent, et c'est pourquoi

(33) HMP 1109 : "Là branle le squelette horrible

D'un pauvre amant qui se pendit".

(34) On appréciera la savante progression entre le suicide, fait historique, le faux fait historique et le suicide entièrement fictionnel.

nous insisterons seulement sur la valeur de cas qu'on lui accorde spontanément. Cela tient à deux facteurs, sa limpidité au niveau de la simple désignation, et ses rapports avec l'économie générale du récit. Le suicide de Javert est à ce point démultiplié par la mise en perspective des motifs qui le commandent, qu'il passe aisément à l'état de prototype littéraire. Toute la part d'incertitude susceptible d'oblitérer l'acte est refoulée au profit d'une vaste (dé)libération introspective dont la symétrie est parfaite avec l'exposé des angoisses de Jean Valjean confronté au procès Champmathieu. C'est un suicide didactique (35), très exactement au point de rencontre entre le courant narratif et le courant pédagogique, quand le premier s'immobilise pour s'ouvrir au second qui abandonne, lui, son bagage d'informations.

Dessais de sa mission habituelle, qui est de mener une instruction historique pour asseoir le développement narratif et le rendre doublement profitable, la parole magistrale est temporairement mais complètement réinvestie dans l'exploration préparatoire et positive d'un rebondissement fictionnel. Il faut que l'enjeu soit d'importance. Avec "une tempête sous un crâne", Hugo a rejoint, dans l'expression du tourment moral, une hauteur pédagogique qui n'avait jamais été égalée depuis Diderot (36). Avec le cheminement de Javert, il s'agit de montrer non la voie de l'élévation, mais celle de la perdition déliée. Quand un homme s'exécute, il faut bien qu'il se soit condamné. Hugo l'optimiste, et surtout l'abolitionniste fervent, prend à cœur de recommencer au sujet du suicide le même type de travail qui avait produit *Le dernier jour d'un condamné* (37). Il met la barre très haut : cette nouvelle victime avait moins vocation à être victime qu'à en faire. Si Javert était criminel, c'était sans le savoir, en maniant la punition. Dévoiler la logique de cette mort inopinée permet à Hugo d'aborder, à l'intérieur de la vaste région du suicide, le point central de l'autolyse individuelle directe par son aspect le plus abrupt : comment le collapsus mental est-il concevable chez un individu qui a toutes les apparences de la force ?

L'appréciation que porte Hugo sur l'acte autolytique individuel et direct se résume à une discrète réprobation, une condamnation tempérée. Le romancier exprime avec modération une opinion nette. Pour l'interpréter, il convient de distinguer l'aspect criminel et l'aspect religieux. Autant que le crime, le suicide est un "trou", dit Hugo (38). Comprenons : une occasion de choir dans l'irréversible. Le plus grave n'est pas de mourir, mais de le faire délibérément, et de mettre, comme un jury d'assises, la mort au bout d'un enchaînement intellectuel, qui n'a pu produire ce résultat qu'à force d'étroitesse, de pauvreté, par manque de lumières, parce qu'il était lacunaire, troué. Non que le suicidé soit un criminel au sens où l'entendrait une conception socio-utilitariste, c'est-à-dire quelqu'un qui frustre le groupe de son concours ; s'il arrive à l'insurgé Combeferre de l'appeler meurtrier (39), c'est dans l'hypothèse, intellectuellement restreinte quoique sociologiquement étendue, où la mort causerait aux familles un préjudice à tous égards insurmon-

(35) Au point que Baechler (op.cit.) s'en sert (p. 362) pour illustrer un de ses chapitres, consacré aux "recrutements spécifiques" (la police) : "Javert n'est pas seulement un héros de roman, c'est également un type humain convaincant".

(36) *Entretien d'un père avec ses enfants, ou du danger de se mettre au-dessus des lois*, Gallimard (Pléiade) 1951, p. 729/751.

(37) HMP 1002 "un ouvrage écrit dans le même but que celui-ci".

(38) HMP 879.

(39) HMP 1207.

table : crime transitif, en quelque sorte, et qui atteint par ricochet. En se tuant, le suicidant montre qu'il a intériorisé les procédés les plus impitoyables de la société à l'encontre des individus : au surplus, il provoque dans sa zone d'existence un impact déchirant. Bref, on nous suggère qu'il a mal évalué et la portée de son acte, et ce qui a porté cet acte. Mais cela ne concerne pas vraiment Javert, homme absolument solitaire, qui, au demeurant, admet parfaitement d'être tué par les autres (40). Son suicide est moralement mauvais parce qu'il prouve combien Javert méconnaît le primat du divin, au contraire de Jean Valjean converti par l'évêque (41). Javert envisage seulement l'Église comme "un fragment auguste de l'ensemble social" ; touché de plein fouet par la charité de Jean Valjean qui lui fait grâce, il ne sait pas réagir comme fit celui-ci lorsque Mgr Myriel le libéra des gendarmes. A peine entrevoit-il "ce chef nouveau, Dieu", qu'il s'empresse de lui "donner sa démission" en commettant "cette mystérieuse voie de fait sur l'inconnu, laquelle peut contenir dans une certaine mesure la mort de l'âme" (42). Deux conclusions s'imposent alors : l'Église, considérée sous l'angle institutionnel, est non seulement inefficace, elle est néfaste ; et Javert apparaît comme un Judas qui se suiciderait pour n'avoir pas livré le Christ. Il reste à savoir pourquoi la désapprobation hugolienne est si peu catégorique. On aurait pu conjecturer qu'il eût pris à contre-pied, en ce domaine, une complaisance romantique, et que, par une diatribe plus sévère, le romancier eût abondé dans le sens des thèses catholiques, à la manière de ce que faisait Barbey d'Aurevilly. Mais Hugo a certainement appréhendé qu'une prise de position dogmatique, à l'endroit d'un acte qui emporte damnation, pût inciter le lecteur à trancher en lieu et place de Dieu, à refuser avec outrecuidance la possibilité de pardon. Si mauvaise que paraisse l'action, il faut se garder de la juger en des termes qui laisseraient supposer autre chose qu'une confiance absolue en la bonté de Dieu (43). Hugo, croyant, arrête là d'apprécier moralement le suicide.

2.1.2. Le suicide insinué dans un roman d'aventures

Il y a manière et manière de se tuer. Le plus évident des procédés obliques consiste à courir au-devant d'une mort jugée certaine. Marius ne fait pas autre chose quand, poussé au désespoir par une manœuvre d'Éponine qui vise à le séparer de Cosette, il décide de rejoindre la barricade pour y mourir. La lettre qu'il essaie de faire tenir à Cosette, sans donner de détails sur les modalités de sa mort prochaine, est le vestige sibyllin laissé par un suicidant déterminé (44). Comme le meurtre et le suicide, la guerre civile est un "gouffre" devant Marius, qui n'a plus qu'un désir : "en finir bien vite". Lors de l'affaire du "baril de poudre" sa résolution de kamikaze fait reculer la troupe

(40) HMP 1255.

(41) HMP 1278.

(42) HMP 1348 pour les deux premières citations, 1349 pour la troisième, et 1336 pour la dernière, à propos de laquelle on admirera, en pleine métaphysique, l'emploi d'une métaphore juridique.

(43) Voir R. Molho, "Esquisse d'une théologie des Misérables" in *Romantisme*, 1975, n° 9 (p. 105/108), qui cite HMP 951 : "Dieu est derrière tout, mais tout cache Dieu".

(44) HMP 1171.

(45). Il s'anéantit déjà en diluant ses motifs dans ceux des suicidants politiques. Plusieurs strates de l'émérité recouvrent une mort qui serait activement reçue et que Jean Valjean lui évitera.

M. Mabeuf, botaniste octogénaire privé de toute ressource par des événements dans lesquels il n'a aucune part de responsabilité, cherche également la mort, mais sans que son intention fasse l'objet d'une confiance, ni de sa part, ni de celle du narrateur. Quand le bibliophile a vendu tous ses livres et qu'il n'a plus de quoi manger, il plante là sa vieille bonne avec les cent derniers francs et, quoiqu'ennemi déterminé de la poudre, s'en va à la tuerie trouver un trépas fatal en rajustant, ce que personne n'ose faire, le drapeau rouge sur la barricade, face à la ligne (46). Là encore, le suicide est signalé par l'image du gouffre. Mabeuf, complètement indifférent en matière de politique, fait ce que Marius eût accompli s'il fût arrivé à temps : de ce point de vue, ils partagent le même suicide (47). Pourtant, chez Marius, la conscience politique, même si elle est entamée par le doute, précède l'intention suicidaire, alors que chez Mabeuf il y a concomitance : la faim produit simultanément le suicidant et le révolutionnaire, sans qu'on puisse déterminer une priorité entre la hâte d'en finir et l'aspiration à un régime meilleur. Le cri de Mabeuf, en forme de profession de foi, sorte de "viva la muerte" de gauche, place habilement la mort sur le même plan que la République et la Révolution, et la substitue à la liberté dans l'énoncé de la devise républicaine (48). Puisque ce système-ci coïncide avec le cauchemar, la République de rêve se confond avec l'autre monde.

L'aventure de Gavroche est enfin la moins claire des trois, d'abord parce que les enfants (49) se suicident d'ordinaire extrêmement peu, ensuite parce que le motif de l'acte suicidaire au terme duquel il perd la vie n'est pas exposé -et, partant, ne permettrait en principe pas de parler de suicide, tout au plus d'inconscience. La fin du personnage évoque davantage un chahut risqué qu'une autolyse. En fait, Gavroche s'achemine par deux fois en direction de la barricade avec la certitude volontaire et assurée d'y mourir : son adieu aux pâtisseries, la conscience qu'il a avant les autres du caractère désespéré de la situation montrent assez sa lucidité, même si son sens politique demeure très

(45) HMP 1149 et 1142 pour les deux premières citations, 1163 pour la troisième. Cette image du gouffre apparaîtra de façon quasi systématique chaque fois qu'il sera question d'une attitude ou d'une tentation suicidaire, et nous attirerons l'attention sur ce "marqueur".

(46) HMP 1156 : "Monter sur la barricade au moment où sans doute elle était couchée en joue de nouveau, c'était simplement la mort. Le plus brave hésite à se condamner". Mabeuf, lui, appartient déjà au gouffre : "Quelques heures avant que la barricade fût attaquée, il avait pris une posture qu'il n'avait plus quittée, les deux poings sur ses deux genoux et la tête penchée en avant comme s'il regardait dans un précipice" (HMP 1157).

(47) HMP 1163 : pour Marius aussi, il y a "cet effroyable précipice, Cosette perdue pour lui <...>".

(48) HMP 1158 : "Au milieu de ce silence, le vieillard agita le drapeau rouge et cria : -Vive la Révolution ! Vive la République ! fraternité ! égalité ! et la mort !" Un des drapeaux de l'émeute portait l'inscription "République ou la mort" (HMP 1087) ; et quand ils se sauront abandonnés par le peuple, les insurgés crieront "Vive la mort !" (HMP 1206). Quant à Mabeuf, ce "cœur de Brutus", selon Enjolras qui le prend pour un "régicide" (HMP 1159 et 1158), son nom laisse volontairement transparaître celui de Gracchus Babeuf, leader de la conspiration des Égaux : on s'expliquerait ainsi l'ordre original de ses revendications.

(49) HMP 609 : "un petit garçon de onze à douze ans".

ludique (50). Pour s'accomplir en chantant, sa mort n'en est pas moins un suicide. Le désespoir, cependant, n'y a aucune place. On peut tenter de l'expliquer par le fait que, Gavroche étant au sortir de l'enfance, son destin de misérable va être scellé durement. Hugo a bien prévu : en croissant, les besoins de Gavroche l'accuseraient à la criminalité (51). Or Gavroche est spontanément charitable ; il faut donc qu'il soit écrasé d'une autre manière. Si ce n'est pas le crime, c'est le suicide. On verra d'ailleurs plus loin que la générosité du misérable est nécessairement suicidaire dès lors qu'elle prend de l'ampleur. Gavroche disparaît avant d'avoir pu faire autre chose que quelques très belles actions, mais il reste voué à une autolyse déguisée.

De ces trois cas, Marius, Mabeuf, Gavroche, ressort donc un autre type de suicide, qui consiste à intégrer sa disparition dans un contexte susceptible de lui faire perdre tout caractère individualiste (52). Malaisément identifiable, cette mort réalise la forme la plus achevée de l'effacement.

La différence entre le risque, fût-il immense, et le sacrifice tient, en dernière analyse, à la position qu'adopte le patient par rapport au fusil qui le vise, et au sens qu'il entend donner à cette proximité. Les morts d'Éponine, Grantaire et Enjolras ont ceci en commun qu'elles ponctuent définitivement une passion malheureuse tout en ne laissant aucune place au hasard des balles. Gavroche et Mabeuf sont malgré tout tués de loin ; un espace physique et un espace de réflexion laissent au candidat à la mort une chance de revenir en arrière. Tandis que ces trois-ci peuvent toucher ceux qui les fusillent. Éponine bouche de sa main un fusil qui ajuste Marius, détourne le coup et reçoit la balle dans le corps (53). Certes, Éponine a tout fait pour attirer Marius dans le piège ; elle se réjouit à l'idée d'un massacre général (54) et, singulièrement, de la mort de Marius -mais pour autant qu'elle soit postérieure à la sienne propre. Du moins est-ce l'explication qu'elle donne à la contradiction évidente entre une machination assassine qu'elle ne renie pas, et un acte de dévouement qui retarde le mécanisme et l'empêche physiquement d'en contrôler le déroulement ultérieur. Éponine renverse, en effet, l'ordre habituel dans les tueries déclenchées par la jalousie. Si possessif qu'il apparaisse, son acte est malgré tout, sacrificiel, mais sans générosité : il illustre l'impossibilité d'assumer, c'est-à-dire de vivre "in praesentia", la conclusion du guet-apens. Marius est perdu pour Cosette et pour tout le monde, mais il est conservé pour elle, Éponine, dont le temps à vivre se confond avec le temps de mourir (55). Une fois Marius réduit, en principe, à quelques heures

(50) Voir l'invective qu'il lance à des rentiers : "Autant en emporte le ventre" (HMP 1097) ou son apostrophe à un élégant qui flâne : "Eh bien, cette vieille patrie, on ne fait donc rien pour elle ?" (HMP 1129).

(51) HMP 609 : "Quand ces pauvres êtres sont hommes, presque toujours la meule de l'ordre social les rencontre et les broie, mais tant qu'ils sont enfants, ils échappent, étant petits. Le moindre trou les sauve". Et HMP 736 : "Avoir faim, avoir soif, c'est le point de départ, être Satan, c'est le point d'arrivée".

(52) Cela n'avait point échappé à la perspicacité de Tapon-Fougas (op. cit.) qui intitula sa parodie de l'épisode : "Nouveau système de suicide en masse par la mitraille" (Chant XVIII, II, p. 244), et qui s'étonnait, en note, de ce que *Les Misérables* ne se fût pas plutôt appelé *Les Désespérés*.

(53) HMP 1171 : "Elle était morte avec cette joie tragique des cœurs jaloux qui entraînent l'être aimé dans leur mort et qui disent : personne ne l'aura !"

(54) HMP 1167 : "Oh ! Je suis heureuse ! Tout le monde va mourir."

(55) HMP 1042 : Éponine est sans illusion sur le sort qui l'attend, et le suicide est désigné crûment comme une des issues probables : "Qu'est-ce que ça me fait, à moi, qu'on me ramasse

d'espérance de vie, Éponine peut pleinement se vouer à lui sans annuler son calcul. Suicide indirect, crime direct et sacrifice pervers montrent, par leur confluence, le caractère peu clair d'actes qu'un tiers ne rangerait a priori dans aucune des rubriques réellement pertinentes.

Grantaire aussi meurt pour un homme, Enjolras, qui le méprise, et au niveau duquel il se hisse en se faisant fusiller à ses côtés, quand rien ne le menaçait (56). Sous l'exécution sommaire gît le suicide, et sous le suicide de l'alcoolique, celui de l'ami-frère aimant et toujours dédaigné. Faute d'avoir compté dans la vie d'Enjolras, Grantaire, devenu ennemi de la vie, si l'on en croit son discours (57), compte dans sa mort : autolyse fusionnelle, en quelque sorte.

Enjolras enfin, homme-enfant, homme-Dieu, homme-fleur, ce Saint-Just qui a la patrie comme unique maîtresse (58), choisit dès longtemps une mort précoce à laquelle le condamne pour ainsi dire son refus farouche du compromis. Il croit beaucoup à l'avenir, modérément aux chances de cette insurrection-ci, et pas du tout à sa survie au-delà de quelques heures. Lorsqu'il exécute le mouchard Claquesous-Le Cabuc, il dit clairement à quoi, ce faisant, il se condamne lui-même. et en tuant le beau sergent d'artillerie, son frère, son double, c'est encore sur lui-même qu'il tire, puisque les gardes le fusilleront pour venger le sous-officier (59). Aux yeux d'Enjolras, le sergent est un jumeau à qui la conscience politico-historique ferait défaut, et qui choisit ainsi au niveau du matériel humain malheureusement destiné à la casse. Mais quand il l'a abattu, Enjolras se retrouve tout seul avec un idéal trop lourd qui brise systématiquement ceux avec lesquels il est en contact : le personnage est au fond voué à un solipsisme moral, accentué par la présence indéfectible de l'inefficace et fidèle Grantaire. En définitive, Enjolras est le moniteur d'un suicide pluriel, qui attire et agrège les suicides particuliers. Le doctrinaire n'est pas seulement suicidaire, il se montre au surplus "suicidiste".

On parvient ici à la limite de ce qui peut être qualifié de suicidaire, même dans l'esprit de Hugo, pourtant enclin à montrer combien il faut dilater certaines notions pour qu'elles correspondent enfin à une expérimentation attentive. Et malgré tout, se destiner longuement à entretenir autrui jusqu'à s'en éteindre, n'est-ce pas, en connaissance de cause, mourir de sa vie ? Telles

demain rue Plumet sur le pavé, tuée à coups de surin par mon père, ou bien qu'on me trouve dans un an dans les filets de Saint-Cloud ou à l'île des Cygnes au milieu des vieux bouchons pourris et des chiens noyés !"

(56) HMP 1277 : "Relégué qu'il était dans un coin et comme abrité derrière le billard, les soldats, l'œil fixé sur Enjolras, n'avaient pas même aperçu Grantaire <...> quand tout à coup ils entendirent une voix forte crier à côté d'eux "Vive la République ! J'en suis." Grantaire s'était levé. <...> Faites-en deux d'un coup, dit-il".

(57) HMP 680 : "Je désire oublier la vie. La vie est une invention hideuse de je ne sais qui". Au contraire, le viveur-buveur Tholomyès dit ailleurs : "Je consens à vivre" (HMP 147).

(58) HMP 663 : "Déjà homme, il semblait encore enfant" ; HMP 1275, un témoin dira "Il y avait un insurgé que j'ai entendu nommer Apollon" ; et un garde national "Il me semble que je vais fusiller une fleur" (HMP 1276) : HMP 1237 : Bossuet s'émerveille de ce qu'Enjolras n'ait pas de femme. "Enjolras ne paraissait pas écouter, mais quelqu'un qui eût été près de lui l'eût entendu murmurer à demi-voix : Patria".

(59) HMP 1140 : Enjolras vient de tuer Le Cabuc "Quant à moi, contraint de faire ce que j'ai fait, mais l'abhorrant, je me suis jugé aussi, et vous verrez tout à l'heure à quoi je me suis condamné". HMP 1224 : Combeferre dit à Enjolras qui vise le jeune sergent "Il pourrait être ton frère. - Il l'est, dit Enjolras". HMP 1275 : "Un cri s'éleva : - C'est le chef. C'est lui qui a tué l'artilleur. <...> Fusillons-le sur place".

sont les existences de Fantine et de Jean Valjean, absorbées à tour de rôle par Cosette.

La faute de Fantine est moins d'avoir cru (en) Tholomyès que d'être une piètre ouvrière, incapable de réformer à temps son amollissement de grisette entretenue (60). Elle prend sur elle, en souffrance, ce que, par timidité, fragilité, maladresse, elle s'avère incapable de produire convenablement. Au bout de sa chute-glissade, il y a autant de maux pour la poitrine que pour le ventre : prise dans un engrenage qui n'est pas cependant comparable à celui de la prostitution parisienne, elle n'aperçoit jamais que sa propre conservation conditionne celle de sa fille. Fantine, l'enfantine, déraisonnable, ignore les exigences d'une continuité au long cours, et ne connaît qu'une continuité descendante, au jour le jour, qui va se rétrécissant durant cinq années infernales, sans préjudice, jusqu'à la fin, de projections utopiques (61). Pas plus que l'économie productive, l'économie restrictive ne lui est naturelle et, quand elle la découvre, il est trop tard (62). Ainsi la multiplication laborieuse est-elle en fin de compte supplantée par la division corporelle, qui commence d'ailleurs avec la remise "temporaire" de Cosette aux Thénardier : l'enfant, puis les cheveux, les dents, "le reste" : la transfusion devient hémorragie, le modèle de la maternité nourricière dégénère en son contraire, un bric-à-brac charnel (63). Fantine ne veut pas mourir en bloc, ou plutôt la fragilité modulaire des entrelacs physiques lui est masquée par un monisme instinctif et idéaliste : elle désire rester pour Cosette, mais se résout à partir par morceaux de plus en plus gros. La situation suicidaire arrive véritablement dans son dos offert, comme la fatale poignée de neige qu'y plante M. Bamatabois. Le flux de conscience qu'exige le suicide est retourné en une discontinuité de cette conscience qu'exige le maintien de la vie, d'où une mort par fragmentation, quasi autolytique.

Jean Valjean non plus n'a pas l'impression de rechercher la mort. Trop religieux pour penser au suicide, trop nécessaire à Cosette, il n'en est pas moins menacé par de troubles sollicitations mortifères. Certes, il paraît si peu songer à se tuer que, lors de la "tempête sous un crâne", il craint exclusivement le recommencement de la vie au bagne, sans envisager autre chose (64). Il semble même à ce point immunisé qu'il va jusqu'à intégrer une bière

(60) HMP 145 : Tholomyès a lancé des avertissements "Belles, retenez ceci : vous mangez trop de sucre. <...> Or, écoutez bien, le sucre est un sel. Tout sel est desséchant. <...> De là la mort".

(61) Le calvaire de Fantine dure du printemps 1818 au printemps 1823. Mourante, elle imagine Cosette faisant sa première communion (HMP 301).

(62) HMP 189 : "Une vieille femme, qui lui allumait sa chandelle quand elle rentrait le soir, lui enseigna l'art de vivre dans la misère. Derrière vivre de peu, il y a vivre de rien".

(63) HMP 160 (quand Fantine laisse Cosette chez les Thénardier) : "Une voisine des Thénardier rencontra cette mère comme elle s'en allait, et s'en revint en disant : - Je viens de voir une femme qui pleure dans la rue, que c'est un déchirement" : HMP 191/195 (après le monnayage des cheveux et des dents) : "Allons ! dit-elle, vendons le reste. L'infortunée se fit fille publique". Tous ces sacrifices inutiles -car Cosette n'en profite pas- sont rendus plus poignants par l'ironie d'un "effet de coucou", dans la mesure où ce sont les petites Thénardier qui en bénéficient (par exemple, HMP 210 : "ce fut l'affaire d'une toute petite substitution de noms").

(64) HMP 246 : "A son âge, après avoir été ce qu'il était !" Notons pourtant que, condamné à la peine de mort par les assises du Var après l'affaire Champmathieu, il "avait refusé de se pourvoir en cassation" (HMP 375) : réintégré au bagne, il s'en évade, en sachant pertinemment qu'il s'agit de "l'aventure acceptée jusqu'à la mort" (HMP 589).

pour sortir du couvent (65). Jean Valjean tente nombre d'opérations dangereuses, mais jamais désespérées, côtoie la mort sans faire de pas vers elle à titre personnel. Si la lassitude l'emporte au point que, dès la barricade et après l'égout, Jean Valjean se livre à Javert (66), l'idée de mourir est toujours absente, comme Hugo le précise bien (67). N'y aurait-il là suicide qu'au sens large, social, sans volonté d'autolyse ? Pourtant, la volonté se fait jour qui, progressivement, va annihiler, après le mariage de Cosette, les défenses du personnage. Après avoir jadis contrefait victorieusement le mort (68), Jean Valjean est saisi, vivant, par l'état cadavérique, meurt à sa famille d'adoption en s'avouant bagnard devant Marius, et, un peu après, il voudrait vraiment mourir (69). "Homme précipice" aux yeux de Marius, Jean Valjean meurt d'une asthénie provoquée par une incoercible anorexie (70) : cela a suffi pour que plus d'un critique voie dans cette mort le suicide que Jean Valjean était néanmoins réputé ne pas pouvoir accomplir (71). En fait, comme Fantine, Jean Valjean approche la mort par étapes : il tue successivement Monsieur Madeleine, puis Monsieur Fauchelevent, puis le père qu'il a taché d'être. Ces mutilations concentriques, dissimulées par des rebonds positifs de l'intrigue et par la qualité de l'intention, ne prennent tout leur effet qu'une fois Cosette mariée, à laquelle il a tout donné et dont il s'interdit de rien recevoir (72).

(65) HMP 571 : "Jean Valjean s'était arrangé pour vivre là-dedans <...> Du fond de cette bière, il avait pu suivre et il suivait toutes les phases du drame redoutable qu'il jouait avec la mort".

(66) HMP 1257 : après avoir libéré Javert, Jean Valjean lui dit "Je ne crois pas que je sorte d'ici. Pourtant, si par hasard j'en sortais, je demeure, sous le nom de Fauchelevent, rue de l'Homme-Armé, numéro sept"; HMP 1332 : à la sortie de l'égout "Inspecteur Javert, vous me tenez. D'ailleurs, depuis ce matin, je me considère comme votre prisonnier. Je ne vous ai point donné mon adresse pour chercher à vous échapper".

(67) HMP 1278 et 1336 (voir ci-dessus, note 32, pour les citations).

(68) HMP 388 quand il tombe à la mer après avoir sauvé le matelot de *l'Orion* et passe pour noyé.

(69) HMP 1411 (lorsqu'il décide de faire son aveu à Marius) : "Il demeura douze heures, les douze heures d'une longue nuit d'hiver, glacé, sans relever la tête et sans prononcer une parole. Il était immobile comme un cadavre"; au moment de l'aveu, l'image du gouffre réapparaît : "Il croisa les bras, considéra le plancher à ses pieds comme s'il voulait y creuser un abîme" (HMP 1418); et il y a ce murmure "Oh ! je voudrais mourir !" (HMP 1427).

(70) HMP 1433 : "Qu'était-ce donc que cet homme-précipice ?"; HMP 1454 : "La portière disait à son mari : - Le bonhomme de là-haut ne se lève plus, il ne mange plus, il n'ira pas loin" et le médecin : "C'est un homme qui, selon toute apparence, a perdu une personne chère. On meurt de cela".

(71) Le premier à dénoncer la chose comme une des inconséquences familières à Hugo fut Tapon-Fougas, op. cit. ; au Chant XVIII, VII, p. 252, il démontre, en note, que Jean Valjean s'est délibérément laissé mourir de faim, puisqu'on retrouve intact le seul billet de cinq cents francs qu'il s'était réservé. Et il commente (p. 253) : "lui, le héros chrétien, Comme un Werther ou comme un vrai païen, Combinant tout pour un sot suicide !" J. Seebacher (article cité, voir ci-dessus note 1) écrit p. 82 : "Jean Valjean se laisse mourir pour achever sa rédemption". Quant à J.-Cl. Nabet et G. Rosa, à propos de "L'argent des *Misérables*", in *Romanisme* n° 40, 1983, p. 87/113, ils attirent l'attention sur la dernière lettre que Jean Valjean essaie d'écrire à Cosette (HMP 1456/1457) : "Comme la lettre d'un suicide -c'en est un- ce testament atteste de quoi et par quoi meurt Jean Valjean" (p. 101). On pourrait signaler aussi le parallélisme des "testaments" rédigés par Jean Valjean et par Javert, qui manifestent le même souci de léguer leurs trouvailles de professionnels, qu'elles intéressent l'organisation de la police ou la fabrication de la verroterie (HMP 1352 et 1457).

(72) HMP 1409 : "De quelle façon Jean Valjean allait-il se comporter avec le bonheur de Cosette et de Marius ? Ce bonheur, c'était lui qui l'avait voulu, c'était lui qui l'avait fait : il se l'était lui-même enfoncé dans les entrailles, et à cette heure, en le considérant, il pouvait avoir l'espèce de satisfaction qu'aurait un amurier qui reconnaîtrait sa marque de fabrique sur

Effacer Jean Valjean, pour finir, ne pose aucun problème, puisqu'il passe pour mort. Corrigeant une sorte d'abus historique, Jean Valjean n'a pas le sentiment de se suicider, mais d'aligner simplement le fait sur le droit (73). Il ne cesse pas de vivre, mais de se survivre indûment, il exécute, tel un nouveau Socrate, une condamnation qui ne vient pas de lui, d'où l'impression que le suicide n'est pas, ne peut aucunement être son affaire (74). Du reste, il est probablement trop homme d'action pour admettre qu'on puisse se suicider passivement, en ne s'entretenant plus. Au total, l'acheminement vers la mort est très lent, revêt diverses formes physiques et morales, procède d'une transformation progressive de l'abnégation idéaliste en exigence d'auto-négation : comme s'il était un résidu inutile, le personnage finit par se mettre au rebut. Suicidé sans le savoir, Jean Valjean reprend tragiquement le paradoxe de Monsieur Jourdain. Son éradication de cette vie-ci est silencieuse, spontanée, innocente.

S'il y a bien une question du suicide au creux des *Misérables*, elle ne bénéficie d'aucune priorité argumentative, au contraire, par exemple, de la question sociale. En revanche, on trouve indiscutablement une édification dramatique édifiante sur le thème de l'autolyse avec une structure gravitationnelle : au centre, le suicide publié - y compris par voie de presse - de Javert, et autour, plus ou moins éclairées, des morts dans lesquelles la volonté des personnages se trouve engagée à des degrés divers. L'interdépendance d'un personnel romanesque restreint, cohérent, récurrent, autorise une construction thématique très agglutinante, et démonstrative grâce à une manière de compacité dénudée. La présentation de la continuité suicidaire aboutit finalement à une simple et brutale question : jusqu'où admettra-t-on que puisse aller la connivence entre ces deux situations : se tuer à, et se tuer tout court ? Les éléments de réponse que nous proposerons exigent qu'une dernière pièce soit versée au dossier de la suicidographie hugolienne, à savoir la fonction du couple Droit/loi dans la prodigieuse vocation à subir où s'épuise et se perd la capacité à exister.

2.2. NOSOLOGIE NOMOLOGIQUE

Puisse la loi retrouver le Droit, telle est en quelque sorte l'objurgation que Hugo destine aux politiques, aux juristes et aux hommes de bonne volonté en général. Laisée brute, elle n'a rien qui puisse renouveler ou beaucoup enrichir la réflexion sur le destin du Droit. Au contraire, mêlée à toutes les tensions qui chargent *Les Misérables* d'appuyer le militantisme réformiste, elle leur confère ce que nous appellerons une dimension nomologique, plutôt que juridique, car Hugo est moins ici un technicien qu'un rêveur lucide. L'insuffisance ou l'injustice des lois est souvent à l'origine de drames individuels, dont on abandonnerait couramment les tenants et les aboutissants à la seule liberté de ceux qui les vivent. Ce n'est pas la position hugolienne, à l'intérieur de laquelle on peut distinguer deux niveaux : d'une part, la

un couteau. en se le retirant tout fumant de la poitrine". L'image est éloquente dans la perspective de la pente suicidaire que dévale le personnage.

(73) HMP 249 : dans son rêve, un personnage lui dit "Est-ce que vous ne savez pas que vous êtes mort depuis longtemps ?"

(74) Sur le plan religieux, Jean Valjean pense ne rien faire d'autre qu'accomplir un plan divin : "Son bonheur <de Cosette>, c'était le but de ma vie. A présent, Dieu peut me signer ma sortie" (HMP 1441).

dénonciation d'une implication nomologique radicale dans la décision autolytique pure et dure, celle de Javert ; d'autre part la suggestion qu'il existe une causalité nomologique -dont le lecteur appréciera la portée- en ce qui concerne certaines autres attitudes suicidaires.

2.2.1. Tir tendu : in codice venenum

Un policier, la cinquantaine, parisien, célibataire, bien noté, se jette à la Seine (75) : "suicide altruiste", défaut d'individuation, excès d'intégration, si l'on s'en tient à ces données objectives. Et de fait, tout ce que l'on sait du personnage corrobore le diagnostic : Baudelot et Establet pensent même pouvoir parler d'un suicide typiquement durkheimien (76). Voilà qui suffirait dans l'hypothèse où nous serions réduits à une observation externe ordinaire, mais, en terrain fictionnel, le chemin va beaucoup plus loin. D'abord, le "suivi" du personnage ne laisse à peu près rien à désirer, ensuite les lacunes ne sont pas négatives : elles ne sont pas l'effet d'une limite subie, mais celui d'une limitation orientée, bref, elles sont chargées de sens. Javert est un homme sans prénom, parce que toute son histoire dit une fuite de l'enfance au bénéfice d'une condition d'adulte présentable. C'est pourquoi nous ne savons rien de sa jeunesse. "Né dans une prison", sans doute en 1780 (77), "d'une tireuse de cartes dont le mari était aux galères", il est voué à être "habillé par l'État" (78). Ce sera finalement pour le défendre, et le rejeton de la louve se fait chien de garde. La mère inventait l'avenir pour ceux qui le lui demandaient, le fils explorera de force le passé et le présent d'individus dont l'avenir appartient au gouvernement. Autant que par la loi, Javert est physiologiquement marqué par un savoir restreint (79) ; l'"espion", le "mouchard", épie les bas-fonds de la société par un judas : il perce, il n'embrasse pas. La carrière, pour lui, a remplacé la vie (80). Aux alentours de 1803, à vingt-trois ans, il est adjudant -garde-chiourme au bagne de Toulon- encore en prison, si l'on peut dire. A quarante ans, donc en 1820, il est nommé inspecteur ; c'est l'époque de Montreuil-sur-mer, probablement son premier poste dans cet emploi. La reprise de Jean Valjean à Paris lui vaut une protection accentuée de la part du secrétaire de la Préfecture, Chabouillet (81), et l'inspecteur devient parisien, tout occupé à bien voir au-dessous de lui et à être bien vu au-dessus (82). En 1832, l'année de sa mort, il peut signer "inspecteur de première classe", recevoir directement ses ordres du Préfet de Police Gisquet,

(75) HMP 1354 : l'image indéfectiblement attachée au suicide ne fait pas défaut "Ce qu'on avait au-dessous de soi, ce n'était pas de l'eau, c'était du gouffre".

(76) Ch. Baudelot et R. Establet *Durkheim et le suicide*. P.U.F. 1984, 127 p., p. 85.

(77) Puisqu'il a 52 ans en 1832 (HMP 1136).

(78) HMP 178 pour la première citation ; HMP 1310 pour la deuxième : "Quand un homme habillé par l'État poursuit un homme en guenilles, c'est afin d'en faire aussi un homme habillé par l'État. Seulement la couleur est toute la question. Être habillé de bleu, c'est glorieux ; être habillé de rouge, c'est désagréable".

(79) HMP 179 : "son regard était une vrille" ; HMP 180 : "un front anguleux et étroit".

(80) Cet homme vierge ne se sépare pas de son "gourdin monstrueux".

(81) La Restauration a obscurément profité à "Javert, homme monarchique" (HMP 486/487).

(82) HMP 490, lorsqu'il craint que les anciens de la police parisienne ne lui soufflent le "magnifique succès" que serait la reprise d'un forcat ; déjà Monsieur Madeleine, quand il est un peu son patron, lui dit "Javert, vous êtes digne de monter, et non de descendre" (HMP 219).

et lui rendre personnellement compte de ses missions (83). Au total, la carrière de Javert suit trois directions parallèles : de l'application des règlements carcéraux à l'usage du Code d'instruction criminelle, de la lointaine province à la capitale, de la fréquentation des argousins au côtoiement d'un commis de l'État ; sans que Javert devienne jamais juriste, il s'est constamment rapproché des lois. C'est l'ascension d'un nomophile, mais qui est rendue fragile parce que cette nomophilie est aussi une monophilie, aussi primaire que primordiale. L'existence de Javert, ne se légitimant à ses propres yeux que du fait qu'elle est de part en part légaliste, est comme suspendue à un fil (84). Dans son cas, la démission est une sorte de suicide, et le suicide une sorte de démission. Ces extrémités ne sont pourtant pas exactement interchangeables, comme on va s'en apercevoir ; chacune répond à une situation bien définie.

La loi est le texte de l'autorité, et l'autorité le premier principe de la société. Javert est nomophile par conservatisme, par adhésion politique instinctive à l'ordre établi -et le monarchisme incarne le mieux l'autorité pyramidale-, nullement par passion pour le Droit en général. Le Droit, pour lui, est synonyme de bon droit ; l'attachement qu'il suscite n'est pas une nomophilie éclairée, mais aveugle. Javert adhère bien volontiers à la totalité de ce Droit-ci, mais il n'en touche que la partie répressive, il est l'arme de ce bras armé. Quelques principes guident sa conduite : toute déviance est rébellion ; les agents de l'État sont infaillibles ; la société est fermée aux misérables : on n'est vigilant que si l'on est clair pour soi-même. La bévue sociologique de "cet étrange honnête homme" (85) provient de ce qu'il envisage les misérables uniquement sous l'angle obtus de la "statistique annuelle du Ministère de la Justice" ; il ne voit jamais des individus, négativement regroupés par une pression extérieure exercée de haut en bas, mais une tourbe quantitative, "poussière" ou "boue" (86). En Javert se recourent le statique et le statistique : le bon fonctionnaire concourt à la stabilité des chiffres. Dans ce contexte, il a deux ennemis immatériels, l'erreur et l'incartade, qu'il est aussi peu disposé que possible à se pardonner, nous l'avons vu. L'erreur concernerait la dénonciation de Monsieur Madeleine, si Champmathieu était Jean Valjean. Elle est provisoirement cause que Javert demande à Monsieur Madeleine de le faire destituer, forme de démission spectaculairement punitive. Javert est tout prêt à laisser là son état -et le manuscrit des *Misères* est encore plus explicite que le texte définitif des *Misérables*- pour aller vivre autrement, par exemple en travaillant la terre. La faute de bonne foi dans l'accomplissement du service n'emporte pas Javert en même temps que l'inspecteur, car elle intéresse seulement les rapports du policier et du magistrat. Accessoirement enfin, Javert n'est pas inspecteur depuis très longtemps, il n'a pas donné sa mesure de limier, et peut encore envisager, verbalement du moins, de survivre à la mort en lui de l'inspecteur. En définitive, il ne s'agit pas du tout d'orgueil, mais d'une intériorisation de l'ordre public, de ses

(83) Respectivement, HMP 1353, 1136 et 1131. Henri Gisquet (1792-1866), "terrible préfet, si universellement détesté pour sa rudesse, ses mesures draconiennes, son despotisme" selon le *Grand Dictionnaire du XIXe siècle*, tome 8 (1872), 1281 D.

(84) Contrairement à Jean Valjean, qui a "cultivé son esprit" (HMP 171) et s'est fait une "nouvelle âme" (HMP 234), Javert n'a façonné que sa silhouette, sa stature, son profil -il a modelé de l'ombre, et se trouve à la merci d'une invasion de plénitude.

(85) HMP 220.

(86) HMP 180 pour la première citation, HMP 217 pour la deuxième.

exigences, des préséances qu'il implique. L'incartade a un statut très différent. Elle entraîne la mort simultanée du fonctionnaire et de la personne, parce que les relations de Javert avec Jean Valjean n'ont pu être cantonnées dans le domaine strictement officiel. L'échange des grâces dont l'initiative revient au forçat intéresse cette fois les personnes privées. Mais le suicide est définitivement requis pour une autre raison. Le scrutateur professionnel enfanté autrefois par une devineresse traverse une insurmontable crise de savoir. Lui qui répudiait la perverse bonté (87) pour laisser toute la place à une justice qu'il comprend comme l'application infallible de lois taillées sur mesure, voici qu'il découvre un ordre de valeurs où le forçat peut être ange, et où lui Javert peut être amené à jouer un rôle qui impliquerait le reniement de toute une vie passée au service du "code", ainsi que l'écrit Hugo (88) sans plus de précisions que s'il s'agissait du Code civil, alors qu'il s'agit synthétiquement du Code d'instruction criminelle et du Code criminel. Javert se tue pour ne pas en apprendre davantage sur l'étroitesse de la loi humaine, ou plutôt, si l'on use cette fois de la terminologie hugolienne, pour ne pas sentir la loi succomber sous le Droit (89). Le nomophile préfère la disparition à la déception, voire aux prodromes de la nomophobie. L'autolyse nomologique de Javert n'apparaît cependant comme telle qu'aux lecteurs du livre ; pour les autres personnages, le suicidé était devenu fou. A vrai dire, le bon sens du policier avait déjà été mis en cause deux fois, par ses chefs -après sa dénonciation de Monsieur Madeleine- et par lui-même, lorsqu'il doute d'être sur la piste de "feu" Jean Valjean (90). Or, dans les deux cas, Javert avait vu juste, et son tort n'avait été que de revenir ultérieurement sur une intuition exacte. Il en va de même pour son suicide, qui est une sorte de repentir par rapport à la découverte de la vraie morale. La faiblesse de Javert ne réside pas dans son appréhension immédiate de la réalité -il est même sujet à quelques illuminations -mais dans son incapacité à endosser tout seul la responsabilité que cette lucidité lui crée. Javert ne veut pas s'élever par lui-même sous le regard de Dieu : la promotion est réglementaire, elle n'est pas sublime. Au bout du compte, le nomophile exclusif est un athée véritable.

Javert se tue d'un seul coup, mais son infidélité au service de la loi connaît un glissement. Il semble bien que son rapport au préfet Gisquet, dans lequel il explique les conditions de sa survie inespérée au cours de l'émeute, ne précise pas que Jean Valjean était l'"insurgé magnanime" qui l'avait grâcié (91). Par ailleurs, le diagnostic sur Marius, qu'il s'entête à déclarer mort, est assez suspect (92). Et même quand sa résolution est prise, on retrouve une trace de son lapsus dans la bonté : ses "quelques observations pour le bien du

(87) HMP 220 : "Mon Dieu ! c'est bien facile d'être bon, le malaisé c'est d'être juste".

(88) HMP 1345 et surtout 1347 : "Le code n'était plus qu'un tronçon dans sa main".

(89) Javert est l'Enjolras laid de l'ordre établi ; autant que le jeune homme, il hait Claquesous-Le Cabuc : lors de l'arrestation des bandits dans la masure Gorbeau, il dit "bonjour" à tous, et "salut" à Claquesous (HMP 833). On le tient du reste soigneusement à l'écart des compromissions avec la pègre, comme le montre la mystérieuse évasion de Claquesous : "Javert n'acceptait point ces combinaisons-là, et se fût hérissé devant de tels compromis : mais son escouade comprenait d'autres inspecteurs que lui, plus initiés peut-être que lui-même, quoique ses subordonnés, aux secrets de la préfecture" (HMP 882).

(90) HMP 215 : on lui a répondu qu'il était "fou" ; HMP 488 : "Le Jean Valjean est bien mort, se dit-il, et je suis un jobard".

(91) HMP 1470.

(92) HMP 1345 : "Il eût pu <...> se faire encore quelque reproche au sujet de l'insurgé rapporté rue des Filles-du-Calvaire".

service" ont presque toutes trait, sous des allures de rationalisation, à l'humanisation du régime carcéral (93) ; on y trouve même l'écho d'une plainte que Fantine avait formulée devant lui (94). Javert recommande en outre une technique de filature qui, si elle eût été déjà mise en place, lui eût rendu impossible sa mansuétude à l'égard de Jean Valjean (95). Le testament de l'inspecteur est ainsi précieux à plus d'un titre. Y cohabitent le Javert réel et le Javert possible ; il porte la trace évidente d'une prise de distance par rapport à la hiérarchie : du reste, ces remarques ne seront pas prises en compte, puisque la lettre est présentée comme un signe d'aliénation mentale ; il est enfin marqué par une sorte de retour pathétique aux origines, la prison qui l'a vu naître, et empreint de puritanisme : à dix minutes de mourir, Javert manifeste son horreur pour le péché de chair, pour la continuité biologique en prison ; il ne saurait plus méthodiquement renier les conditions de sa propre naissance. Nulle part il n'apparaît mieux comme un Jean Valjean inversé et perdu. En somme, Javert meurt encore plus seul qu'il n'a vécu, pour avoir mis la structure sociale au-dessus des individus qui la composent, et pour avoir placé la nébuleuse mystique des lois et du code à la place de Dieu. Volontiers renvoyé à l'animalité par le narrateur (96), il est renvoyé à la folie par ces deux extrêmes que représentent ses deux maîtres ici-bas, Gisquet et Jean Valjean (97). Par une instructive ironie, il va alimenter, à faux, la statistique officielle des suicidés délirants (98). Et sur ce point, mieux que la parodie, un raccourci de caricaturiste met à nu l'aberrante induction (99).

Hugo fait au juridique une place de choix dans ce roman, où l'on voit non seulement les assises, le bagne, la prison, la police, plusieurs étudiants en Droit, un avocat, deux procureurs du Roi, mais aussi la fabrication d'un

(93) Nous nous séparons nettement sur ce point de l'interprétation de J.-P. Richard ("Petite lecture de Javert" in *Revue des Sciences Humaines* 1974-4, n° 156, p. 597/611), qui voit dans cette "Note pour l'administration" (HMP 1353) une expression incoercible et paroxystique de deux obsessions policières : la surveillance et l'enfermement.

(94) HMP 203 : "D'abord, il y a une amélioration que ces messieurs de la police devraient bien faire, ce serait d'empêcher les entrepreneurs des prisons de faire du tort aux pauvres gens." Et d'expliquer comment la concurrence des prisonniers dans la confection des chemises a fait baisser les prix et l'a "forcée de devenir une mauvaise femme". Or la septième "observation" de Javert est la suivante : "pour un fil courant, on retient dix sous au prisonnier dans l'atelier des tisserands ; c'est un abus de l'entrepreneur, puisque la toile n'est pas moins bonne."

(95) HMP 1352, troisième observation : "il faudrait que, dans les occasions importantes, deux agents au moins ne se perdissent pas de vue, attendu que, si pour une cause quelconque, un agent vient à faiblir dans le service, l'autre le surveille et le supplée".

(96) Par exemple, HMP 179 : "mufle de bête fauve" <...> "lorsqu'il riait, c'était un tigre". D'où le travestissement de son patronyme dans la parodie de Tapon-Fougas (op. cit.), qui de Javert a fait Chatvert "l'auteur compare si souvent Javert, le mouchard, à un chat, et à un tigre, que nous avons cru pouvoir nous permettre cette variante à son nom" (Première Préface, note de la p. 33).

(97) HMP 1344 : "Quand il avait rencontré si inopinément Jean Valjean sur la berge de la Seine, il y avait eu en lui quelque chose du loup qui ressaisit sa proie, et du chien qui retrouve son maître".

(98) HMP 1372 : "Au fait, pensa Jean Valjean, puisque, me tenant, il m'a laissé en liberté, c'est qu'il fallait qu'il fût déjà fou".

(99) Cham, dans *Le Journal amusant* (n° 377, 21 mars 1863), a consacré une vignette à la fin de Javert, avec la légende suivante : "L'odeur exhalée par Jean Valjean à sa sortie de l'égout jette le trouble dans le cerveau de Javert, qui va se précipiter dans la Seine, croyant entrer dans son bureau". On notera le jeu sur l'odeur de sainteté exhalée -au figuré- par le forçat angélique (voir le titre du livre III : "La boue, mais l'âme"). Tapon-Fougas (op. cit., p. 250) était moins comique : "Chatvert se suicide de désespoir... d'avoir été reconnaissant".

état-civil, des allusions à la controverse de Gans et Savigny, à Delvincourt et Blondeau (100), des locutions techniques à foison, et des considérations sur la politique répressive. Certes, la nomophilie de Javert ne descend pas à ces détails, elle n'est pas exploratoire, mais synthétiquement simpliste (101). Et comme Javert ne prend jamais pied dans les lois que par son activité au service de la répression d'État, il est nécessairement au cœur de la démonstration tentée par Hugo dans cette étude sur "la question pénale et sur la damnation par la loi" (102). Javert est bien incapable de distinguer la réalité de l'idéal, puisque la société contemporaine lui paraît sans reproches, réserve faite de quelques bandits qui devraient être au bagne et qui n'y sont pas encore. A aucun moment il ne saisit ce qui, dans le langage de Hugo, devient la dualité loi/Droit. Par ailleurs, la loi pénale lui masque complètement la loi civile : pas une fois Javert ne donne l'impression de rien connaître d'autre, au-delà du Droit pénal strictement nécessaire, que ces "choses" (103) dont la permanence garantit la société entière : ainsi de la maison à trois étages de Monsieur Bamatabois. Ce monde de choses, inaccessible à Javert, est informé par un Droit civil et commercial complètement impalpable pour lui, si bien que toute sa passion nomologique dérive du juridique au judiciaire, avec deux constantes : l'ambition de juger et la volonté maximaliste (104). En mêlant sa religion du bourgeois et son complexe d'infériorité, Javert n'a plus de la loi qu'une vision extrêmement partielle ; à vrai dire, elle se fait écran à elle-même. Hugo est bien entendu très intéressé à souligner cette dégradation du légal en pénal, car là éclate mieux le scandale de lois qui ne valent pas mieux que les mœurs et les préjugés (105). Au bout du compte, la guillotine est "la concrétion de la loi" (106). Il ne faut pas beaucoup solliciter Javert pour que son hypersévérité dégénère en tendresse pour la loi tueuse de misérables (107). A partir de là, un double retournement est possible, de Javert en misérable qu'il a toujours détesté d'être, et de la loi tueuse en loi qui fait se tuer. "La damnation par la loi" (108) c'est, bien sûr, l'enfer sur terre, mais c'est aussi l'enfer tout court. N'est-ce pas en définitive la loi qui se (con)damne

(100) HMP 16 et 630 (les Procureurs du Roi), 1373 (l'état-civil fabriqué pour Cosette), 890 (Savigny et Gans), 133 et 669 (Delvincourt), 133 et 675 (Blondeau).

(101) HMP 307 : au moment de l'arrestation de Jean Valjean près du lit de mort de Fantine, Javert s'écrie : "Je te dis qu'il n'y a point de monsieur Madeleine et qu'il n'y a point de monsieur le maire. Il y a un voleur, il y a un brigand, il y a un forçat appelé Jean Valjean !".

(102) HMP 93 pour la citation. Les contemporains ne s'y sont pas trompés et P. Angrand ("A propos des *Misérables*, genèse et fortune du roman", in *R.H.L.F.* 1960, n° 3, p. 334/344) écrit : "Le suicide de Javert <...> paraissait à des juges une chose aussi anormale que répréhensible. Les *Misérables* n'eurent pas d'adversaires plus actifs que les magistrats de l'Empire" (p. 342).

(103) HMP 206 : "Enfin ! il y a des choses dans ce monde !" Jean Valjean, lui, n'a en somme qu'une chose fort diminuée, une Cosette.

(104) HMP 207 : au moment de l'arrestation de Fantine, Javert est prompt à confondre "un fait de police de la rue" et "un fait de police municipale" : il faut que Monsieur Madeleine le rappelle vertement à l'ordre. Encore ne cède-t-il qu'au "Sortez" du maire.

(105) HMP (Préface) : "Tant qu'il existera, par le fait des lois et des mœurs, une damnation sociale" ; HMP 99 : "Tout cela, lois, préjugés, faits, hommes, choses, allait et venait au-dessus de lui" (Jean Valjean après sa première condamnation).

(106) HMP 18.

(107) "C'est là le bon écrou", dit-il en apprenant la prétendue mort de Jean Valjean au bagne (HMP 487) : est-ce pourquoi il choisit lui-même de mourir "au-dessus du rapide de la Seine, à pic sur cette redoutable spirale de tourbillons qui se dénoue et se renoue comme une vis sans fin" (HMP 1354) ?

(108) HMP 93.

ainsi ? Elle est au principe du suicide de son meilleur agent, elle aiguise l'appétit de ceux qu'elle prétend châtier (109). Non seulement elle n'a aucune fonction éducative, mais elle n'est préservatrice ni des biens, ni des préservateurs de biens. Le chien se tue, les loups courent les bois ; le Droit pénal est suicidaire au sens le plus large, c'est par lui que le mauvais Droit humain se suicide.

2.2.2. Ricochets : *pœnae sine lege*

La ruine de M. Mabeuf commence avec une faillite de notaire, qui lui emporte dix mille francs, tout son avoir. Elle s'accroît d'une crise de la librairie, engrenée par la Révolution de 1830, et profite à des bouquinistes sans scrupules. On ne sort pas d'un triangle juridique : professionnels insuffisants et malhonnêtes, instabilité convulsive du Droit politique, complicité de la loi avec le profit, quel qu'en soit le prix. Qu'advient-il du "vieux mouton" ? Il a beau rêver une fois de "charlatanisme" commercial (110), il en est réduit à attendre un secours institutionnel qui miroite sans venir, car le Ministre de l'Agriculture et du Commerce n'a pas de suite dans les idées. L'homme de Droit privé ruine l'innocent, l'homme de Droit public l'abandonne, le gouffre se creuse entre les deux ramifications de la loi. Simultanément, M. Mabeuf refuse la chance, en quoi se déguise la charité de Gavroche, parce qu'elle a toutes les apparences de l'indélicatesse. La bourse de Jean Valjean, qui a transité par la poche de Montparnasse, finit ainsi au Commissariat, où il est suggéré que les fonctionnaires finiront par se l'approprier (111). La propriété est donc ici plus aisément le vol que la trouvaille n'est la propriété, parce que les scrupuleux doivent cohabiter avec les malins sous des lois que leur caractère limité rend doublement contournables : par le bas pour ceux-ci, qui s'en arrangent de toutes les façons, par le haut pour ceux-là, qui gardent les yeux fixés sur le droit universel.

L'enfant Gavroche n'est pas davantage protégé que le vieillard "au rire enfantin" (112). Encore sait-il prendre ce qu'il trouve, fût-ce pour le distribuer. Hugo ne le compare si souvent à un passereau (113) que pour accréditer la thèse du vol innocent : plus volant que voleur. Petit sauvage urbain, Gavroche se situe complètement en dehors de la loi commune, qu'il transgresse avec simplicité par une complicité d'évasion, le vol d'un pistolet, un bris de vitrine (114), tous actes qui le conduisent à la prédilection pour la licence émeutière (115). Sa rencontre directe avec "l'autorité" n'a encore été qu'accidentelle, et légère, lorsque Javert -qui a fait arrêter sa famille- l'a enlevé

(109) HMP 811/812 : le discours véhément de Thénardier "Voilà trois jours que je n'ai mangé, je suis un bandit !" <...> "Et vous venez dans nos cavernes, oui, dans nos cavernes, nous appeler bandits ! Mais nous vous mangerons ! mais, pauvres petits, nous vous dévorerons !".

(110) HMP 704 pour la première citation, HMP 886 pour la seconde.

(111) HMP 1068.

(112) HMP 704.

(113) HMP 591, 608, 609, 1241.

(114) HMP 998/1000 (l'évasion de Thénardier), 1095 (l'"emprunt" du pistolet à une marchande de bric-à-brac) et 1102 (la vitrine du perruquier qui avait chassé les deux enfants recueillis par Gavroche).

(115) HMP 1240 : "Je ne suis pas notaire", dit sa chanson.

par l'oreille de la corniche du Pont-Royal (116). Quant à la rencontre indirecte, elle se résume à l'abandon de l'enfance misérable par les pouvoirs publics, qui font les forçats d'une façon ou d'une autre (117).

Dénonciation confirmée par la haine du "bourgeois", c'est-à-dire de l'homme qui est bien avec les lois (118), et par la création, en même temps que d'une monnaie parallèle (119), d'une sorte de Droit folklorique très embryonnaire, dans lequel le péage tient une place étrange (120) : c'est en effet qu'il combine deux notions juridiques fondamentales, le choix (de passer ici ou ailleurs) et l'obligation (de payer si l'on passe ici) : tout le contrat y est déjà en germe. Pour autant, ce Droit sauvage, qui n'est au fond qu'une caricature opposée au Droit du bourgeois, demeure ludique et aléatoire : Droit d'humeur, Droit d'humoriste, il est d'exercice temporaire et mouvant, et n'entame pas l'idée que Hugo se fait du Droit. Voilà simplement une infra-loi cocasse pour singer l'officielle. En révoquant une loi qui, de son côté, a commencé par l'ignorer, en reconstruisant des bribes de loi et en flairant d'instinct la possibilité d'une authenticité juridique, puisqu'il est charitable, Gavroche est malgré tout voué au Droit, mais cette vocation est grosse de virtualités hautement conflictuelles. Il vient nécessairement un moment où, au nom de la sous-loi et avec la caution attristée du vrai Droit, la loi "bourgeoise" est attaquée de front mais sans succès durable par le faible exaspéré. Pousser à l'infraction, au délit, au crime, c'est pousser au suicide. Un dernier élément enrichit la description, chez Gavroche et le gamin en général, d'une constitution suicidogène : la passion pour la mort violente (121). "Lacenaire, gamin, voyant l'affreux Dautun mourir bravement, a dit ce mot où il y a un avenir : j'en étais jaloux" (122). On saisit mieux alors pourquoi l'abolitionniste Hugo semble parfois parler de la guillotine d'une manière bénigne, sinon favorable, comme d'une figure grotesque du Carnaval parisien : l'échafaud est un théâtre vrai qui ne laisse pas le dramaturge insensible et qui donne au "gamin de lettres", à l'"enfant du paradis", au

(116) HMP 1135 (Gavroche reconnaît Javert et le dénonce à Enjolras) ; voir HMP 602 : "Le gamin, à l'état parfait, possède tous les sergents de ville de Paris, et sait toujours lorsqu'il en rencontre un, mettre le nom sous la figure <...> Il lit à livre ouvert dans les âmes de la police".

(117) HMP 598 : "ces fractures de familles se vidant dans l'ombre, ne sachant plus trop ce que leurs enfants sont devenus, et laissant tomber leurs entrailles sur la voie publique. De là des destinées obscures. Cela s'appelle, car cette chose triste a fait locution, "être jeté sur le pavé de Paris".

(118) HMP 1183/1184 : l'étonnement de Gavroche devant le "bourgeois" Jean Valjean, à qui il est obligé de reconnaître la qualité de "brave homme".

(119) HMP 592 : le gamin de Paris "a sa monnaie à lui, qui se compose de tous les petits morceaux de cuivre façonné qu'on peut trouver sur la voie publique".

(120) HMP 835 : Gavroche chante

"Le roi Coupdesabot
S'en allait à la chasse
A la chasse aux corbeaux,
Monté sur des échasses.
Quand on passait dessous,
On lui payait deux sous".

(121) HMP 599 : "Les éléments qui constituent la considération des gamins entre eux sont très variés. Nous en avons connu et pratiqué un qui était fort respecté et fort admiré pour avoir vu tomber un homme du haut des tours de Notre-Dame". Suicide ou accident ? HMP 600 : "Assister aux exécutions constitue un devoir. On se montre la guillotine et l'on rit". HMP 983 : Gavroche énumère aux trois enfants les plaisirs qu'il leur fera connaître "-Et puis nous irons voir guillotiner".

(122) HMP 600.

figurant occasionnel (123), un plaisir folklorique atroce et délicieux en lui susurrant, comme à Lacenaire, l'ambition d'être un jour le héros de la fête (124). L'amour du spectacle fait ainsi le lien entre la rencontre indirecte du Droit pénal par le voyeurisme et sa rencontre aussi définitive que directe. L'acculturation triviale -au sens étymologique-, la littérature sans lecture ni écriture (125) accomplit, de concert avec la loi, une propulsion de son jeune public vers la lunette où toute vie s'aveugle. Le vieillissement est accéléré par la nuit sociale (126), le panier de son jouxte le berceau.

La dénégation absolue du Droit occupe forcément peu de place dans un livre aussi chargé de soucis juridiques. On ne la trouve que dans la bouche de l'étonnant Grantaire, nihiliste et ivrogne : "Vae victis ! Voilà ce qu'est le Droit" et ailleurs "Il n'y a qu'une certitude : mon verre plein" (127). Que l'alcoolisme soit de la sorte accolé à l'antijuridisme pose évidemment problème, car non content d'être le seul à tenir de pareils discours contre le Droit sous toutes ses formes, Grantaire est l'unique ivrogne du roman. La coïncidence est trop unique pour n'avoir pas quelque chose d'une connexion cachée. Si tel est le cas, en quoi l'intempérance éthylique s'harmonise-t-elle particulièrement bien avec la haine de tout discours régulateur ? Parce qu'elle apparie un "paradis artificiel" à l'aveuglement sur la possibilité qui est ouverte aux hommes de réaliser, dans l'avenir, un paradis sur terre par la fidélité à ce que Hugo comprend comme les principes sacrés du Droit. Pour le sceptique incurable qui jette le Droit avec la loi, il ne reste qu'à devenir un fugitif de l'intelligence. La vaste culture de Grantaire, brassée par lui à la façon hugolienne, c'est-à-dire avec le constant souci de produire des collisions verbales, subit un changement de signe radical : le dynamisme énergétique se retourne alors en catastrophisme. Joyeuse avec la chope (128), héroïque avec la fusillade, l'autolyse est le destin d'un nihiliste conséquent. Grantaire, qui signe d'un R majuscule, c'est le Grand Rien, "carie sèche de l'intelligence" (129), engendrée par une loi assez suicidogène pour non seulement corrompre, mais encore annuler jusqu'à l'idée du Droit. La mort de Javert préfigurait le suicide particulier de cette loi-ci ; celle, redoublée, de Grantaire, fait mesurer le risque pour la totalité du Droit. Anomique, le personnage s'oppose à tous les autres protagonistes du livre, ceux qui croient soit au Droit, soit à la loi, soit à une coutume : aussi bien l'opposé d'Enjolras que celui de Javert, de Jean Valjean ou de Thénardier, il est enfermé dans une individualité déliquescence, l'image même de l'humanité sans foi ni loi -ce qu'Enjolras ne lui dissimule pas (130). Il est cependant sauvé, mais de justesse -sans quoi la position de cet athée du Droit serait pire encore que celle de Javert- par sa passion pour Enjolras-

(123) HMP 1096 pour la première citation, HMP 593 pour la seconde. HMP 983 : Gavroche explique "J'ai même joué une fois dans une pièce. Nous étions des mômes comme ça, on courait sous une toile, ça faisait la mer".

(124) HMP 605 : "Paris serait bien fâché de n'avoir pas une guillotine".

(125) HMP 598 : "l'enfant errant est le corollaire de l'enfant ignorant".

(126) HMP 603 : "Le gamin de Paris <...>, c'est le peuple enfant ayant au front la ride du monde vieux".

(127) HMP 1115 pour l'allusion à l'épisode de l'Histoire romaine ; HMP 672 pour la deuxième citation, et le premier portrait du personnage.

(128) HMP 1121 : "La chope, c'est le gouffre" ; l'image du suicide, une fois de plus.

(129) HMP 672.

(130) HMP 1125 : "Grantaire, tu es incapable de croire, de penser, de vouloir, de vivre, et de mourir".

Thémis (131), signe que tout idéal n'est pas mort en lui, même s'il lui est devenu inintelligible, improférable. On peut alors scinder le double suicide de Grantaire : sa mort à la lucidité procède directement du scepticisme stérile commandé par les mauvaises lois ; sa mort aux côtés d'Enjolras est à la fois la conséquence logique d'un amincissement irréversible et une manière de donner un sens minimal à son effacement, fût-ce au prix d'un contresens.

Après *Les Misérables*, voilà la culpabilisation des normes répressives aussi fortement imprimée que l'estampille du Droit pénal sur la personnalité de Jean Valjean. Les mues successives par lesquelles le forçat abandonne plusieurs peaux à la loi avant de trouver refuge dans l'ultime nudité chrétienne en quoi s'exprime à plein le Droit philosophé (132), tout ce processus de réhabilitation puis d'innocentement, et enfin de quasi béatification, montre à la fois une chasse à courre juridique intériorisée par le poursuivi, et une délicate question de préséance au creux du Droit conjoncturel. Deux caractères font de la loi une incomparable chasseresse : elle n'offre que des issues descendantes, sans ouvertures rédemptrices ; elle dispose d'une infaillible mémoire et d'un œil infatigable, avec l'inextinguible étoile de la police (133). Éloignée de la religion authentique par le premier de ces aspects, elle rejoint l'Église, et son pouvoir temporel, par le second (134). L'intériorisation de la continuité persécutrice ne dérive pas d'une adhésion lassée aux thèses répressives -on sait que Jean Valjean, bagnard, a jugé tout ensemble loi et société (135)-, mais de ce que la persistance affirmée de l'idée du Droit désarme le fugitif en le contraignant, par moralité, à des aveux forcément périlleux. La loi n'est donc si bonne prédatrice, dans ce cas précis, que parce qu'elle n'est pas le Droit, et que celui-ci subsiste cependant. Quoique si différent d'elle, le Droit, comme idéal, est son complice objectif. En quoi Jean Valjean est doublement victime, jusqu'au martyr, du divorce entre Droit et loi : par sa condamnation, d'abord, par les lacunes volontaires de son camouflage, ensuite. La marque intérieure du Droit répond étrangement au marquage extérieur par la loi, au point que si la loi sans le Droit est à coup sûr suicidogène, le Droit sans la loi ne l'est pas moins (136). Reste la question de la prééminence intrajuridique. A première vue échoit aux lois pénales le maintien d'un ordre social dont l'organisation effective tombe du côté de la morale et des lois civiles. En devenant un voleur, Jean Valjean se bannit d'entre les honnêtes gens, ce que Hugo ne discute pas vraiment (137). L'inacceptable vient plus tard, et se situe au-delà même des conditions terribles faites aux bagnards. La condamnation survit à l'expiation sous la forme d'un passé chargé qui interdit tout avenir ordinaire. Le forçat libéré a payé sans être quitte

(131) HMP 1139 : "Pâle, le col nu, les cheveux épars, Enjolras, avec son visage de femme, avait en ce moment je ne sais quoi de la Thémis antique".

(132) HMP 1475 : "Le forçat se transfigurait en Christ".

(133) HMP 1306 : "C'était la sombre étoile de la police qui se levait dans l'égout".

(134) HMP 179 : Javert "était espion comme on est prêtre".

(135) HMP 100 : "Le point de départ comme le point d'arrivée de toutes ses pensées était la haine de la loi humaine".

(136) C'est ainsi que Javert et Jean Valjean se retrouvent jumeaux en juridicité malheureuse : dans le nom de Javert se lit non seulement l'avert de Jean, mais encore la couleur verte du bonnet qui signale un forçat à vie (Voir HMP 387). Voilà peut-être pourquoi le théâtre de la Porte-Saint-Martin, quand Jean Valjean passe devant avec Cosette qu'il ramène à Paris, donne, curieusement, "Les deux forçats" (HMP 409).

(137) HMP 93 : "Il reconnut qu'il n'était pas un innocent injustement puni. Il s'avoua qu'il avait commis une action extrême et blâmable".

(138). Entré criminel par accident, il sort criminel de profession, puisque c'est la seule activité où sa réputation ne soit pas un passif. En fait, celui qui, pour un temps, a appartenu aux lois criminelles est dans l'impossibilité de réintégrer le monde calme du Droit pacifique, là où les relations avec les personnes et les biens se règlent par des transactions (139). Jean Valjean n'y est admis que sous l'identité de Monsieur Madeleine, et cette liberté prise avec l'état-civil, seule authentique libération d'un homme à peine élargi, lui ouvre la réussite économique, l'harmonie avec le Droit privé, et même la consécration politique, qui lui assure, avec un certain pouvoir pénal, une impunité certaine (140). Avec assez de qualités devant lui pour être un magistrat respecté, et trop de souvenirs derrière pour être autre chose qu'une bête de somme (141) ou un assommeur, Jean Valjean rend manifestes les abus de l'impérialisme pénal : le Droit conjoncturel est encliqueté de manière à empêcher le retour vers la société civile. Javert, né en prison, plus mal loti qu'aucun autre, l'avait compris dès le départ. Jean Valjean, qui n'est finalement ni repris - par suite de la défection de Javert-, ni réintégré - à cause de son honnêteté-, sort de chez Maître Marius Pontmercy comme on sortirait définitivement des lois, en s'exilant d'un monde trop plein de son Droit, et rentre chez lui pour se rapprocher enfin de l'univers du Droit pur.

La charge suicidogène qu'abritent les normes juridiques ne serait donc pas compréhensible si elle n'était mise en relation avec le décalage qui loge le Droit très au-dessus des lois. Hugo est du reste tellement plein de cette opposition qu'il n'a pas vraiment de nom pour désigner l'incarnation juridique à venir, la légalisation du Droit, au fond. En attendant, la césure intra-nomologique renvoie chaque moitié de son côté, et présente au moins un avantage : celui de donner à penser l'avenir sous forme d'un montage d'éléments disponibles dès ce présent-ci. La fracture du juridique n'est pas impossible à réduire, et le roman veut y contribuer. Il n'en demeure pas moins que, tel quel, ce qu'on est accoutumé d'appeler "Droit" est invivable à l'échelle d'une classe de prolétaires, et n'est pas véritablement viable à l'échelle de la société prise dans son ensemble. Les lois meurent faute de Droit (142). Ceux qui les font en sont prévenus (143), et leur entêtement de possédants aux courtes

(138) HMP 912 : "Cet homme que la loi n'avait pas lâché, et qui pouvait être à chaque instant ressaisi et ramené de l'obscurité de sa vertu au grand jour de l'opprobre public".

(139) Voir Auguste Ricard, *Julien ou le forçat libéré, roman de mœurs*, Paris, Lecoq, Corbet et Pigoreau, 2e éd. 1830, 4 vol. Pour une étourderie de jeunesse, Julien est condamné à cinq ans de bagne. Il refuse de s'évader et fait ensuite honnêtement son travail de commis chez le banquier Danville, qui le préfère à son propre fils, voleur et débauché. Julien s'empare de la fille de son protecteur, que la mère destinait à un autre. Dénoncé par un ancien camarade de bagne, il sera persécuté sans trêve, ne pourra plus gagner sa vie et, après avoir rejoint un groupe de bandits, finira par se suicider sur la tombe de sa bien-aimée, que toutes ces épreuves ont fait mourir de chagrin.

(140) HMP 173 : par exemple, quand il fait la charité par effraction.

(141) HMP 103 : Jean Valjean se fait gruger par un patron, qui a vu le passeport jaune. "Libération n'est pas délivrance. On sort du bagne, mais non de la condamnation".

(142) Cette affirmation, somme toute fort classique, a trouvé récemment, ce qui est moins fréquent, une expression politique officielle avec la fameuse dénonciation présidentielle de "la force injuste de la loi". Il faut situer dans la même perspective l'initiative "civique" qui enjoignait au corps enseignant de procéder à la lecture et au commentaire d'un extrait d'*Actes et Paroles*, "Le Droit et la Loi" (1875) : voir *Le Monde* du 21 mai 1988, p. 6 : "M. Mitterrand à l'Élysée et Victor Hugo dans les écoles".

(143) Voir P. Savéy-Casard, *Le crime et la peine dans l'œuvre de Hugo*, Paris, P.U.F. 1956, 424 p. ; p. 383 : "Avertir, c'est un mot qui se répète sous sa plume".

visées préservatrices, aux courtes vues répressives, confine au suicide intellectuel : le législateur, en faisant passer la conservation du statut avant la pérennité de la loi, ne peut guère exiger de nomophilie actuelle que celle qui repose sur l'irréflexion ou la crainte. En dernière analyse, l'anémie des lois coupées de leurs sources naturelles entraîne le suicide "suspendu" -car réversible, mais au prix d'aménagements importants- de l'ensemble juridique Droit/lois, et c'est de là que procède la dénonciation hugolienne d'une influence suicidogène à composante nomologique. Avec pour corollaire la conviction qu'il existe une réponse législatrice à la diversité ténébreuse des autolyses.

CONCLUSION

On en finit toujours trop vite, dès qu'est enclenchée une discussion sur le suicide, avec la panoplie des moyens. Crainte de verser dans le fait divers, sans doute, et de laisser le résultat, un corps mort, prendre le pas sur les causes, une vie empoisonnée. Pourtant, seule la manière de mourir rend le phénomène observable, et le suicide qualifié n'est ce qu'il est que moyennant certains vestiges -un cadavre pour commencer. L'établissement du fait dans la vie de tous les jours obéit à des procédures aussi objectivement partielles qu'elles sont passionnément objectives. Parce qu'ils sont autant d'échappements à l'existence, les suicides sont en bonne position pour échapper aussi aux discriminations catégoriques des survivants, sans qu'il soit possible à ceux-ci de combler les lacunes de l'information par autre chose qu'une relativisation quantitative de leurs certitudes.

Le problème d'interprétation se pose seulement ensuite. Il a deux facettes : a-t-on vraiment désiré mourir dès le commencement du processus autolytique, et n'a-t-on pas changé d'avis en chemin (144) ? Il faut bien en convenir, ce qu'on pourrait appeler la "position suicidique" ne rend que partiellement compte de l'intention ; on s'est pendu, noyé, empoisonné, défenestré, mais un délai était susceptible de changer le cours des choses et il plane toujours un doute sur la continuité de la volonté. Serait-on en présence de signes non équivoques -l'individu a décommandé tous ses rendez-vous, il s'est isolé, il a agi le dimanche, il a détruit les emballages des médicaments- que l'on pourrait encore soupçonner que l'intervalle entre l'acte et la mort était assez large pour que s'y glissât un regret atroce ou "tout un examen de conscience", comme dit Claudel (145). Ce doute concernant la solidité de l'intention n'épargne pas le coup de feu à la tête, paradigme de l'autolyse puisqu'il renvoie poétiquement à l'explosion de la pensée (146). Un moyen

(144) Voir G. Terrades, *Les aspects psycho-socio-économiques des conduites suicidaires en Eure-et-Loir*, thèse 3e cycle, Paris V, 1973, 370 p.

(145) *Oeuvres en prose*, Gallimard (Pléiade) 1965, p. 393 : "Préface à un album de Photographies d'Hélène Hoppenot" (à propos du cliché montrant un homme qu'un "accident architectural" a arrêté dans sa chute du haut de l'Empire State Building).

(146) On en trouve une formulation saisissante dans la dernière phrase du roman de Giono, *Un roi sans divertissement*, Gallimard (Pléiade) 1974, tome III, p. 606 ; le héros, qui a calculé le prix exorbitant de la guerre faite à l'ennui, vient de remplacer son cigare du soir par un bâton de dynamite : "C'était la tête de Langlois qui prenait, enfin, les dimensions de l'univers".

aussi foudroyant n'aurait-il pas été choisi pour empêcher tout fléchissement ? A ce compte, le suicidé, pour être impeccable, devrait-il passer du vouloir mourir à se vouloir mourant, d'une volonté qui ne mourrait pas à la même vitesse que le reste ? C'est placer la barre très haut, au niveau du "seputu" nippon, d'une mort religieuse dont le suicidé n'est pas le maître -un suicide altruiste, dirait Durkheim, mêlant d'autant plus autrui à l'affaire qu'il implique le plus souvent une certaine assistance technique.

Le suicide peut donc apparaître comme un phénomène dont il faut à la fois étendre la notion et restreindre la transparence. Les choses seraient plus simples s'il ne s'agissait que de détruire soi-même sa vie, mais le suicidé construit sa mort malgré et contre la vie et l'avis des autres. Contraints à de fragiles reconstructions, ces autres ne peuvent alors exclure du champ de leurs idées les imaginations que les suicidés leur font concevoir. Parce que la fiction est un resserrage cultivé d'aventures naturelles, elle présente les suicides à l'état le plus raffiné. Elle est donc audible pour le suicidologue, dès lors qu'il ne donne pas le point de vue d'une discipline constituée, mais qu'il est à l'affût des dissimulations, des rituels pré-léthaux, aussi significatifs sur le plan social que sociologiquement insaisissables. Or la suicidographie hugolienne mise en œuvre à l'occasion des *Misérables* montre d'emblée deux choses : d'abord, qu'autour du suicide-type s'organisent plus ou moins librement des auto-mises à mort qui, identifiées et analysées, conduisent à fragmenter la notion de suicide pour en grouper les restes autour de deux attitudes apparemment contradictoires, la ressaisie de la léthalité en un manifeste, et le muet laisser-aller vers la mort. Elle a aussi l'avantage de révéler, soit par dénonciation, soit par suggestion, le lien qui noue toutes ces morts, en rattachant chacune d'elles au conflit intra-juridique pointé du doigt par Hugo. La loi ne dit pourtant pas qu'il faille se suicider, et si elle est suicidogène, c'est par infirmité, parce qu'elle manque de Droit, par défaut aux deux sens du terme. Mais, au-delà des *Misérables* et de Hugo, il convient maintenant d'apporter quelques conclusions ouvertes, optatives si l'on veut - et si l'on accorde que la fiction romanesque approche, par le filtrat du fait divers, le radical divers des faits.

Toute définition du suicide se prend vite, en effet, au piège du vécu, car on découvrira toujours une mort interprétable en ce sens, qui ne sera pas reçue comme autolyse par la société. Ou bien il est tout à fait impossible d'aborder sérieusement un tel divers dramatique, ou bien il faut poser autrement qu'on ne le fait d'ordinaire les rapports de la vie et de la volonté, admettre que persévérer dans l'existence peut être instinctif sans être automatique, que la vie volontaire s'entretient, que toute allégresse est menacée d'un decrescendo moiré qui peut aboutir à la mort sans être indexé par un acte décidé et décisif. Le halo suicidaire qui nimbe les suicides ordinairement, c'est-à-dire officiellement reçus comme tels -et il y a là-dessus quelques belles remarques de Durkheim (147)- en constitue la zone nutritive, le stock dont ils ne sont, en somme que le comptoir. Le suicide est peut-être, est sans doute la conséquence d'un enracinement social sociologiquement formulable, mais à coup sûr, l'acte-suicide terminal, frappant parce que nettement frappé, la voie de fait sur soi est elle, l'aboutissement d'une manière de se déprendre de la vie

(147) Op. cit., p. 144 : "Ce qu'on appelle statistique des motifs de suicides, c'est, en réalité, une statistique des opinions que se font de ces motifs les agents, souvent subalternes, chargés de ce service d'informations".

où il y avait déjà du suicidaire sans suicide obligé. Est-ce l'ultime coup de pouce, passage à l'acte ou tentative, qui réagit en remontant sur tous les faits antérieurs pour leur donner justement cette coloration suicidaire ? L'affirmer reviendrait à donner la priorité au fait sur le processus qui le précède, c'est-à-dire à imposer de l'extérieur une téléologie anecdotique au drame d'autrui - tout le contraire d'une démarche compréhensive. Il faut bien admettre une contingence de l'acte-suicide, et que son soubassement peut conduire à la mort par des voies très discrètes. Ce qui relève du suicide n'emporte donc pas je ne sais quelle nécessité d'un abrupt changement de signe, ou alors c'est s'intéresser au problème en fonction seulement des commodités premières de l'observateur, qui, tout compte fait, pourrait "s'arranger" autrement. Les dérives susceptibles de s'achever ou non par la mort intègrent doucement des actes de la vie ordinaire. Tandis que les étapes de l'addition sont insensibles, le total est brusquement insupportable, mais ce n'est pas le trait final qui fait le caractère de l'opération. On tolérerait donc socialement, pour au maximum le déplorer, l'amoindrissement des individus, leurs inexplicables renoncements, mais pas cette issue qui donne l'impression d'être une volonté de disparaître "ex abrupto". A ce compte que fera-t-on de l'extinction nolontaire, nonchalante, paresseuse (148) ? L'écoute suicidologique appropriée aux objets qu'elle s'assigne, n'a guère le choix : accueillante à tous les "data" suicidomorphes, elle ne peut les hiérarchiser qu'en fonction d'une "réalité" qui reste fort problématique. Cela ne signifie pas un refus de penser les liaisons, mais une hésitation devant tout ce qui risque de s'apparenter à une précipitation dans la causalité, alors que la description reste pendante. Au suicidologue de démontrer que la typologie des suicides, parce qu'elle intervient sur un plan certes spectaculaire mais trop tardif au regard des histoires individuelles laisserait avantageusement la place à un patient dévoilement du "panorama suicidique".

Au jurissociologue de rechercher, non la définition légale du suicide, ni le traitement juridique des difficultés qu'il soulève, mais bien plutôt l'implication du Droit dans le processus autolytique : il y a fort à parier qu'il y découvrirait, en même temps que le détail d'insertions juridiques invivables, la physionomie complexe des espoirs placés dans le Droit, des attentes vis-à-vis du Droit, bref de ce qui fait le prix spontanément accordé aux systématisations normatives et, au-delà, l'attitude pro-juridique comme posture sociale - tant il est vrai que, par devers chaque suicide, il y a quelque amour déçu.

(148) Car à sa façon, "Le laisser-faire est un faire" (M. Merleau-Ponty, *Humanisme et terreur*, Gallimard, édition de 1980, p. 129).

R.R.J. 1991-2

Pages 571 à 576

- VII -

ACTUALITÉS DOCTRINALES

**"LA VALIDITÉ DES CONTRATS EN DROIT
INTERNATIONAL PRIVÉ
FRANCE-U.S.A."**

Par

Claude FERRY,

Préface de Bernard TEYSSIÉ, LGDJ 1989,
Bibliothèque de droit privé, tome 206, 554 pages

Présentation par

Emmanuel PUTMAN

Professeur à l'Université de La Réunion

Qui dit contractuel dit utile. Sauf à les supposer atteintes d'une singulière "manie de contracter", on peut raisonnablement présumer que si les parties n'avaient pas entendu s'engager valablement, elles n'auraient pas conclu d'accord. La sécurité des transactions internationales commande de rechercher la loi la plus favorable à la validité du contrat. La jurisprudence arbitrale le comprend bien lorsqu'elle érige la "favor validitatis" en principe général du droit (cf. sentence CCI n° 4145/1984 Clunet 1985, 985), et la Cour de cassation, annulant le contrat en cas de choix par les parties d'une loi invalidante (ex. : Civ. I, 28 juin 1966, Rev. crit. dr. int. privé 1967, 334, note Battifol) est très en retrait par rapport à la "présomption de validité" posée par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Kossick v. United Fruits*, que la jurisprudence américaine a, il est vrai, entouré d'un réseau d'exceptions dont les méandres peuvent dérouter le juriste de tradition romano-germanique.

Tout au long de sa thèse sur la "validité des contrats en droit international privé, France-U.S.A" menée à bien sous la direction de B. Teyssié, M. Claude Ferry fait mieux que multiplier les moyens de tourner la discutable jurisprudence de notre Haute Juridiction, en proposant de tenir pour non-écrite l'élection d'une loi invalidante, comme entachée d'erreur de droit ou contraire à la véritable intention des parties. Il fait plus que de pratiquer en connaisseur la comparaison avec le droit américain dont le second Restatement met en balance le principe du respect de l'attente légitime des parties, tournées vers la validité de leur convention, et la primauté de lois invalidantes exprimant des politiques juridiques d'intérêt supérieur. Le propos de M. Ferry est de promouvoir une très large liberté des parties dans le choix d'une loi invalidante, même dénuée de tout lien significatif avec l'opération. A ses yeux, le principe d'autonomie a eu dès l'origine une finalité validante qu'il doit conserver. C. Ferry nous rappelle opportunément que la consécration de la loi d'autonomie dans l'arrêt "*American Trading Co*" du 5 décembre 1910 avait permis en l'espèce de valider une clause limitative de responsabilité menacée d'annulation. Il n'hésite pas à écrire que les auteurs (non des moindres ; il s'agit de MM. Battifol et Lagarde) qui subordonnent le principe d'autonomie à des éléments de rattachement objectifs lui paraissent mener un "combat d'arrière-garde". A ceux qui lui reprocheraient de faire, dans

un accès de subjectivisme, la part trop belle à la liberté contractuelle, M. Ferry rétorque que le droit international privé dispose contre les débordements de garde-fous suffisants, ordre public international, lois de police. Il a surtout le mérite de nous montrer le principe qu'il défend, et ses limites, comme inscrits dans une même logique, celle d'une double crise, objet des deux parties de sa thèse. Crise de la règle de rattachement localisatrice, dont la neutralité, insuffisamment protectrice de la "favor negotii", doit s'effacer devant des règles plus "orientées", à fonction validante. Plus profondément, crise de la méthode même au rattachement, face à des règles réfractaires à cette méthode en raison de leur "impérativité" particulière, les lois d'application immédiate ou de police fréquemment invalidantes.

Claude Ferry décrit dans sa première partie l'essor des règles à fonction validante comme un glissement de celles qui demeurent des règles de rattachement (ignorance excusable de la loi applicable à la capacité, caractère facultatif de la règle "locus regit actum") vers celles apparaissant comme de véritables règles matérielles : validation des clauses-or dans les paiements internationaux et faveur pour les clauses compromissaires dans les contrats mettant en jeu les intérêts du commerce international. Il préconise l'accentuation du particularisme de ces contrats dans le sens d'une liberté qui ne peut toutefois être totale depuis l'arrêt "Messageries maritimes" du 21 juin 1950 prohibant les contrats sans loi. La seconde partie, consacrée à la crise de la méthode de rattachement, est toute imprégnée de ce "fonctionnalisme", recherche du "but social" des lois, qui influence le droit américain et dont l'auteur est marqué, comme du sens anglo-saxon de la casuistique, acquis outre-Atlantique. C'est donc dans une perspective fonctionnaliste que C. Ferry admet l'atteinte à la "favor validitatis" par des lois de police se voulant applicables en raison de leur but social, y compris des lois de police étrangères dont doit être respectée la propre volonté de s'appliquer. M. C. Ferry déploie son talent de l'analyse cas par cas en distinguant les situations où une loi de police se veut ou ne se veut pas applicable, soit qu'elle "s'autolimite" explicitement ou n'appelle pas impérativement son application à certains contrats, et en critiquant la jurisprudence "Royal Air Maroc" (Soc. 31 mars 1978, Rev. crit. dr. int. privé 1978, 701, note A. Lyon-Caen) qui en matière de contrat de travail fait de la loi du lieu d'exécution une règle de rattachement spéciale, au lieu de ne retenir que les lois de police du lieu d'exécution se voulant applicables.

Au sein de cet ouvrage fouillé, argumenté avec une conviction savante, avouons une certaine jubilation devant la touche du "subjectivisme" de la première partie, qui nous montre le principe d'autonomie bien vivant en droit international quand en droit interne on se plaît trop à en prononcer l'éloge funèbre. La seconde partie laisse admiratif, et même un peu confondu et débordé par sa richesse de nuances, le lecteur à qui le "fonctionnalisme" n'est pas consubstantiel. En tout cas, quiconque accompagnera l'auteur dans son voyage de juriste montpelliérain et parisien en Amérique, saura gré à Claude Ferry de ce nouveau jalon dans la recherche de droit international privé.

"L'EFFECTIVITÉ DES DROITS DU CRÉANCIER CHIROGRAPHAIRES EN DROIT CONTEMPORAIN",

Thèse dactyl., Aix, février 1990,

Direction P. BONASSIES,

Par Sylvie CIMAMONTI,

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

2 vol., 862 pages.

Présentation par

Emmanuel PUTMAN

Professeur à l'Université de La Réunion

Aux autres les droits, à lui la poussière. Cendrillon du droit des obligations le chirographaire paraît mériter à peine un salut. On sait pourtant (cf. Carbonnier, "De peu, de tout et de rien", in "Flexible Droit", chap. VI) qu'en droit le peu est parfois éminent. L'article 76 de la loi du 25 janvier 1985 qui interdit d'imposer des délais ou remises aux "petites créances" fait apparaître cette curiosité juridique, le "chirographaire privilégié", le petit créancier qui même s'il n'a aucune sûreté doit être payé avant tout le monde. Les multiples visages du chirographaire n'en font pas simplement le petit créancier de petits contrats. Tel se retrouve "chirographaire forcé", comme le créancier qui a laissé dépérir ses autres sûretés et auquel la caution oppose l'art. 2037 C. civ. Dans des contrats synallagmatiques importants, le "potentior" peut être débiteur d'une des prestations réciproques dont le créancier, ne pouvant pratiquement réclamer des sûretés ou les mettre en œuvre, sera un "chirographaire de fait". Le vrai chirographaire, d'ailleurs, quel est-il ? On gagnerait à y voir, non, comme il est traditionnel, le créancier dénué de sûretés, mais, comme y invite l'art. 2093 C. civ., celui qui n'est pas doté d'un droit de préférence. Un titulaire de sûreté peut, en ce sens, occuper une position analogue à celle d'un chirographaire. Le créancier du débiteur principal qui, saisissant la caution, est confronté aux créanciers hypothécaires ou privilégiés de celle-ci, passera après eux dans la procédure d'ordre consécutive à la saisie des biens grevés par leurs sûretés, à moins de bénéficier d'un cautionnement réel.

Il est salubre de rappeler que l'effectivité des droits du créancier, même chirographaire, doit être recherchée, qu'il en mérite le droit (fondamental ?), quoique, réalisant la prophétie de Ripert, le législateur, indulgent au surendettement, se soucie surtout du droit du débiteur de ne pas payer ses dettes. Or elle n'avait jusqu'ici pas été abordée : l'effectivité des décisions de justice (cf. Trav. Assoc. Capitant 1985) était l'arbre qui cachait la forêt car certaines institutions présentées comme assurant l'effectivité des jugements (l'astreinte) contribuent en réalité à celle des droits du créancier.

La monumentale étude que, sous la direction de P. Bonassies, S. Cimamonti consacre au sujet, n'a pas pour moindre intérêt de montrer, dans sa première partie, l'extrême diversité des mécanismes renforçant l'effectivité,

au-delà des saisies dont Mme Cimamonti dénonce clairement les causes d'inefficacité relative : formalisme excessif, développement de l'accès du débiteur à la justice aux fins d'opposition, et le renouvellement demeuré partiel à la date où elle écrit. Elle nous montre l'évitement, favorable au créancier, de la dispersion du contentieux (art. 470-1 C. proc. pén. permettant au juge répressif d'accorder une indemnité même en l'absence d'infraction pénalement punissable), l'obtention accélérée d'un titre exécutoire (hommage rendu aux possibilités nouvelles d'injonction de faire), l'information sur le patrimoine du débiteur (publicité légale, cas d'inopposabilité du secret professionnel). On s'enrichira des surprises que nous réserve une culture juridique encyclopédique, puisée au droit pénal (l'indemnisation de la victime créancière, condition de mesures de faveur au délinquant, art. 469-1, 539-1, 778 al. 1 C. proc. pén.), au droit administratif (les interventions du médiateur ou de la Section du rapport et des études du Conseil d'État, moyens de pression sur le débiteur public). On goûtera riches développements (l'organisation frauduleuse de l'insolvabilité), pertinentes présentations (le référé-provision), fines analyses, par exemple sur le caractère subsidiaire et limité de la substitution, au débiteur, de la collectivité (État, fonds de garantie, organismes débiteurs de prestations familiales). Les possibilités de cumul des diverses actions coexistant au profit d'un créancier (action oblique, paulienne et en nullité absolue ; tierces-oppositions des art. 583 al. 2 NCPC et 1397 C. civ....) inspirent à S. Cimamonti quelques-unes de ses meilleures feuilles.

Le constat, en seconde partie, des limites à l'effectivité, oppose à celles inhérentes au droit de créance (cf. déjà, J. Mestre, "L'abus du droit de recouvrer sa créance", *Mél. Raynaud*, 439), celles dictées par l'intérêt du débiteur (insaisissabilités, délais de grâce, moratoires : serait-ce l'amorce d'une étude autonome du régime de la dette ?) ou des autres créanciers. L'égalité dans les procédures collectives est ainsi illustrée par le refus jurisprudentiel d'une inégalité "à rebours" défavorisant les privilégiés par des délais de paiement discriminatoires.

Observant, grâce à S. Cimamonti, combien souvent l'effectivité est donnée à des victimes de délits (leur indemnisation étatique, remaniée par la loi du 6 juillet 1990) ou à des créanciers d'aliments (le paiement direct et le recouvrement public des pensions) on se demande si l'effectivité, moins essentielle pour assurer un enrichissement justifié que pour corriger un déséquilibre illégitime, ne gravite pas en cercles concentriques autour d'un noyau dur. A la périphérie, le droit à prestation (au sens large) supporterait une dose d'ineffectivité plus élevée que, dans le deuxième cercle, le droit à une indemnité (constitutionnel à certains égards : v. Renoux, "L'indemnisation publique des victimes d'attentats", *Économica* 1988, n° 33 s.). Dans le premier cercle, le droit à aliments mériterait une effectivité optimale. Au milieu de la galaxie des techniques juridiques propres à garantir l'effectivité, l'ouvrage de Mme Cimamonti vient nous inciter à rechercher les archipels sidéraux de la théorie générale.

R.R.J. 1991-2

Pages 577 à 583

- VIII -

COLLOQUE

ASSISES NATIONALES DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

PARIS, LES 11 ET 12 AVRIL 1991

COMPTE-RENDU

Par

Jean-Yves CHEROT et Norbert ROULAND
*Professeurs à l'Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-
Marseille*

La Direction de la recherche et des études doctorales du Ministère de l'Éducation Nationale a organisé les Assises Nationales de la Recherche Juridique à Paris les 11 et 12 avril dernier. La manifestation a réuni plus de 600 participants, mais au-delà elle a touché tous les enseignants intéressés dans les facultés de droit et dans les laboratoires du C.N.R.S. qui en ont été remarquablement bien informés.

Le travail y a été organisé en trois demi-journées de 6 ateliers chacune. Il a été conclu par une après-midi de synthèse et de conclusions pratiques dans le grand amphithéâtre de la Sorbonne.

Qu'on juge de l'intérêt de la manifestation par l'énumération des titres des ateliers.

Atelier 1 - Identité de la recherche en droit et recherche sur le droit

Atelier 2 - Identité de la recherche juridique française : rôle de la doctrine dans le cadre de l'internationalisation du marché juridique.

Atelier 3 - Recherche-évaluations, portée et méthode des recherches sur l'effectivité et l'efficacité du droit.

Atelier 4 - Recherche juridique et publications.

Atelier 5 - Apport de la recherche juridique à la pratique juridique, à la jurisprudence, à la législation (analyse de la demande des professions).

Atelier 6 - Interactions de la recherche juridique et de la recherche opérée dans les autres sciences sociales : histoire, sociologie, économie, philosophie, sciences politiques...

Atelier 7 - Incitation à la recherche pour les jeunes chercheurs. Financement. Allocations de recherche. Bourses. Informations sur les aides.

- Atelier 8** - Qu'est-ce qu'un "laboratoire de droit" ? Articulation avec les D.E.A. Écoles doctorales. Moyens des "laboratoires" de droit.
- Atelier 9** - Apports à la recherche des technologies modernes. Incidence quant au personnel des équipes de recherche et aux moyens.
- Atelier 10** - Recherche juridique et défis de l'internationalisation : réseaux internationaux et communautaires.
- Atelier 11** - Organisation territoriale de la recherche, réseaux nationaux, Greco, GDR, politique du CNRS, répartition des moyens sur le territoire, associations, observatoires nationaux.
- Atelier 12** - Évaluation de la recherche.
- Atelier 13** - Droit, entreprise et économie.
- Atelier 14** - Droit et politique sociale. Relations du travail.
- Atelier 15** - Droit, personne et vie privée.
- Atelier 16** - Droit, pouvoir politique et institutions publiques nationales et internationales.
- Atelier 17** - Droit, déviance, institutions pénales.
- Atelier 18** - Droit, espace et propriété.

Les rapports de synthèse des 18 ateliers ont été rédigés et diffusés avant la fin des assises.

Voici quelques données sur la recherche juridique établies par le D.R.E.D.. 2.377 enseignants dont 915 professeurs dans les disciplines du droit et de la science politique. Pour 155.040 étudiants inscrits. Les disciplines juridiques délivrent 170 D.E.A. (soit 15 % de tous les D.E.A. habilités) pour 5.700 étudiants dont 2.647 obtiennent le diplôme. Un tiers de ces étudiants seulement s'inscriraient en thèse. A l'heure actuelle on compte 350 soutenances de thèse par an. Il faut tenir compte de la valeur des D.E.A. sur le marché et apprécier que nos étudiants trouvent à la sortie de leur année un emploi à la hauteur de leur formation et de leur attente. Tout cela n'est pas incompatible avec une formation à la recherche sur plusieurs années dont le D.E.A. est la base. Une meilleure maîtrise des D.E.A. apparaît donc nécessaire. On compte plus de centres de recherche que de DEA : 315 centres de recherche dont 79 liés à des organismes de recherche. Le nombre d'allocataires de recherche est en forte augmentation. Mais le doublement en deux ans de leur nombre témoigne de la ferme volonté du ministère d'assurer un rattrapage (149 allocataires en 1990) et le nombre des allocataires de recherche est encore insuffisant.

Quelques chiffres clefs de la justice donnés pendant ces assises méritent une large diffusion : 18.360 avocats, 353 avoués, 5.128 conseils juridiques, 6.009 magistrats de l'ordre judiciaire, 219 membres du Conseil d'État, 453 conseillers dans les tribunaux administratifs et 96 dans les Cours administratives d'appel.

L'étendue du travail qui a été effectué dans les 18 ateliers interdit de faire ici le compte-rendu de cette manifestation. Aussi les remarques d'ordre général, faites ci-après, témoignent surtout de la sensibilité particulière des signataires de ces lignes fortement intéressés par les échanges qui se sont déroulés et par leur signification.

L'essentiel est d'abord que ces assises aient eu lieu à l'initiative du Ministère de l'éducation nationale. Elles consacrent ainsi la reconnaissance par le Ministère de l'éducation nationale de la place et du rôle qu'occupe et que doit occuper la recherche juridique en France. Étaient associés à cette manifestation le Ministère de la recherche et de la technologie, le Ministère de la Justice et le C.N.R.S..

Mais l'essentiel est aussi dans l'attitude des universitaires eux-mêmes qui font preuve du sens de leur responsabilité. Les universitaires présents acceptaient, sans corporatisme, tout ce qu'une recherche juridique plus active peut impliquer de modifications dans leurs comportements et leurs structures. Les universitaires juristes acceptent de remplir dans la grande société les missions qui leur reviennent (malgré, pour le moment, le manque cruel de moyens en locaux consacrés à la recherche et le manque de personnel de secrétariat et d'assistance à la recherche). D'une façon générale les assises de la recherche nous ont paru consacrer un nouveau mode d'entente entre le Ministère de l'éducation nationale et les facultés de droit. Cet accord et la reconnaissance du rôle de la recherche juridique par le M.E.N. ne sont pas le résultat d'un lobbying réussi de juristes bien placés mais le résultat d'une évolution des faits et des capacités des facultés de droit. L'évolution des rapports du ministère et des universitaires se fait sur fond d'évolution de l'environnement social et humain. L'internationalisation des échanges, la construction communautaire, la maîtrise des nouvelles technologies, le développement de régulations non étatiques, l'approfondissement nécessaire de la démocratie donnent au droit et aux juristes un rôle dont ils doivent se saisir. Les responsables politiques semblent avoir pris une conscience aiguë du rôle social nouveau des juristes (discours de M. Allègre lors de la séance de clôture).

Une dernière remarque nous paraît s'imposer au terme de ces assises. La collaboration interdisciplinaire a été partout acceptée et prônée. Chacun la pratique et en a retiré d'immenses bénéfices. Le droit n'est plus isolé des autres sciences de l'homme et de la société et l'habitude a été prise de situer le droit dans le contexte social à l'aide des concepts de sciences sociales. Mais cette collaboration et cette ouverture du droit sur les autres sciences sociales ne conduit pas seulement à élargir le champ d'étude aux faits sociaux. Elle conduit à redécouvrir dans le regard des autres sciences sociales (sociologie, économie, anthropologie) l'importance du droit comme structure sociale non réductible aux faits sociaux, pour l'étude de laquelle nous avons des instruments adaptés d'analyse. Quelques phrases du rapport de synthèse de l'atelier 6 par Alain Supiot témoignent bien de ce qui s'y est dit : "la nécessité du maintien des relations entre la recherche juridique et les autres sciences de l'homme ne doit pas conduire à diluer, voire à faire disparaître, ce qui constitue l'objet propre de la pensée juridique. L'expérience de confrontations interdisciplinaires montre que les sociologues ou les économistes n'attendent pas des juristes qu'ils se fassent économistes ou sociologues, mais tout au contraire qu'ils les éclairent sur la question de la fabrication, sur la longue durée, de l'organisation sociale par des textes. La

matière première du juriste occidental n'est pas la société elle-même, mais son patrimoine de textes. Il faut donc écarter "la stratégie du soupçon", qui inviterait les juristes à se saisir du "réel" au travers des textes, et s'intéresser précisément à cette enveloppe juridique. De ce point de vue on ne peut que s'alarmer de la disparition de l'analyse des grands corpus fondateurs du juridisme occidental, qui risquent de devenir bientôt opaques à la pensée contemporaine". Notamment exprimée par certains historiens du droit, cette inquiétude ne devrait pas être l'objet d'un malentendu. Il faut certes revenir à des textes anciens, mais en les lisant comme les sciences humaines nous ont appris à le faire. Une vision anthropologique du droit romain est non seulement possible mais souhaitable. Un retour à l'esprit des Pandectes et de l'Exégèse serait en revanche suicidaire. Par ailleurs, le même rapport de synthèse préconise l'ouverture inter-culturelle de nos disciplines en recommandant l'étude de la production juridique normative dans notre tradition, mais également dans les sociétés non occidentales, et met l'accent sur la nécessité d'une reconnaissance institutionnelle de l'anthropologie juridique.

Sur ces bases de fond se dégagent des lignes de force de la politique du Ministère.

- Aide accrue à la recherche mais réservée aux centres bénéficiant d'un label (équipe associée au CNRS, équipe d'accueil, jeune équipe, équipe recommandée), (label toujours en vigueur dans nos disciplines et qui pourra servir, semble-t-il, plus souvent que prévu à l'origine). L'évaluation des centres est bien acceptée ; mais l'évaluation ne peut devenir la clef de voûte du système que si elle est faite par des organes indépendants et neutres avec une procédure contradictoire. Le caractère contradictoire de la procédure, y compris par l'audition des directeurs de centre, devrait être renforcé.
- Moyens particuliers accordés pour la recherche documentaire informatisée et pour les infrastructures.
- Aide à la publication, étant entendu que cette aide ne doit pas prendre la forme d'une subvention intégrale mais venir au soutien du marché. Les assises ont, en tous cas, contribué à marquer le lien étroit entre publication et recherche. Il suffira de reprendre ici quelques phrases de l'excellent rapport de synthèse de Philippe Fouchard (atelier 4) : "ce qui n'est pas publié est presque toujours perdu... ou pillé. La perspective d'être publié est une puissante incitation à la recherche, et est un facteur d'amélioration de sa qualité (sanction du lecteur). La publication est elle-même une aide à la recherche des autres".
- Développement des écoles doctorales dont le projet est loin d'être achevé et qui demande encore un affinement en étroite liaison avec les universitaires.
- Mise à la disposition des centres et des chercheurs d'un véritable secrétariat.

Sans doute pourra-t-on craindre et contester l'effet centralisateur de cette politique de recherche pilotée au plan national. Il est la contrepartie d'un effort accru et l'expression d'un engagement de l'État. La centralisation est certes compensée par la contractualisation et par la possibilité qui serait ouverte aux Universités de prélever, pour mener leur propre politique

scientifique, 15 % des sommes versées au titre de la recherche. La centralisation pourra néanmoins avoir des effets démobilisateurs chez les responsables dans les Universités. Le recours à une approche centralisée des problèmes de la recherche universitaire conduit nécessairement à s'interroger sur la signification de la reconnaissance par la loi de l'autonomie des Universités. Mais une politique de recherche aura des chances de ne pas rester trop centralisée si tous les universitaires s'engagent dans la recherche et qu'ils décident de mettre les structures collectives auxquelles ils sont attachés au service de cette mission.

On ne peut conclure ces remarques à paraître dans la revue de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille (qui a pris le nom de Revue de la Recherche Juridique depuis dix ans, à l'époque sous l'impulsion de Christian Atias), sans dire un mot de la recherche dans cette Faculté qui a fait depuis longtemps des efforts en faveur d'une recherche structurée et qui a pu faire depuis longtemps l'expérience des bienfaits de la recherche collective. On attend la parution prochaine du rapport, établi sous la responsabilité d'André Roux, Directeur de l'U.F.R. Recherche Juridique, sur la recherche juridique à l'Université d'Aix-Marseille III.

DÉPOT LÉGAL 2ème Trimestre 1991

II - Droits de l'homme et libertés

— Noël-Jean MAZEN, Problèmes juridiques liés aux applications médico-industrielles de la carte génétique humaine

III - Droit d'auteur

— Jean-Christophe GALLOUX, Du droit de l'inventeur sur ses découvertes : à la recherche d'un droit fabuleux

IV - Histoire des Idées politiques et Science politique

— Edouard RICHARD, Renan et l'idée républicaine

V - Commentaires d'arrêts

— Le Conseil d'Etat et l'interprétation des traités internationaux. Une nouvelle ouverture sur le droit international

Note Richard GHEVONTIAN, sous Conseil d'Etat, Ass., 29 juin 1990

— Audiovisuel : un exemple de contrôle d'autorisation délivrée par l'organe de régulation à une chaîne privée

Note Alain BOYER, sous Conseil d'Etat, 9 mai 1990

— Les comptes d'une association gérant un service public communal, sans prérogatives de puissance publique, sont des documents administratifs communicables

Note Stéphane CAPORAL, sous Conseil d'Etat, 20 juillet 1990

— Une difficile mise en œuvre de la théorie des sujétions imprévues

Note Catherine MERENTIER, sous Conseil d'Etat, 5 décembre 1990

VI - Variétés

— Marc BRUSCHI, Droit et sciences occultes (suite)

— Anne ENSMINGER, Hugo suicidographe : *Les Misérables*, ou la désintégration par la loi

VII - Actualités doctrinales

VIII - Colloque

— Assises nationales de la Recherche juridique Paris (11-12 avril 1991)

Compte-rendu par Jean-Yves CHEROT et Norbert ROULAND

DROIT PROSPECTIF

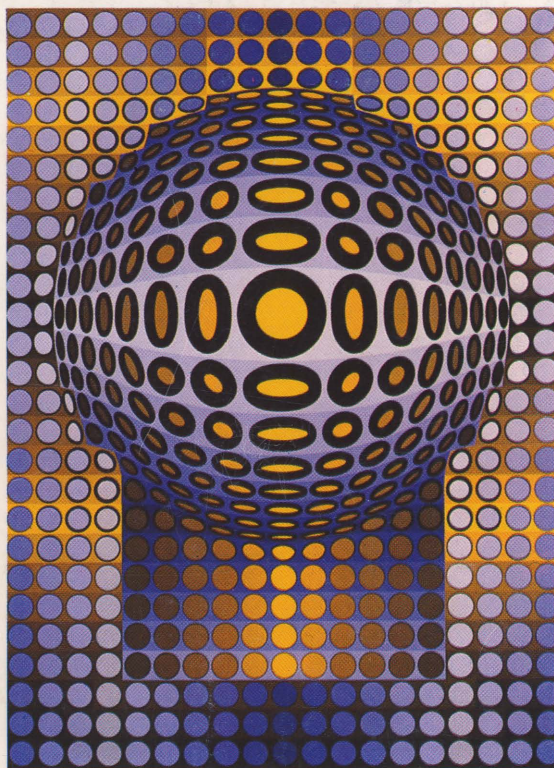


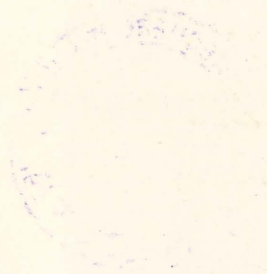
TABLE DES MATIÈRES

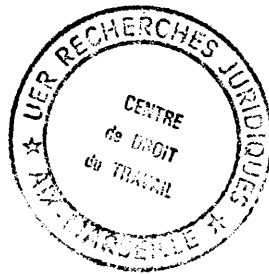
- Editorial
- Conférence de M. Pierre DRAI à l'Institut Portalis « Le rôle et la place du juge en France, aujourd'hui ».

I - Droit constitutionnel, science politique et histoire des idées politiques

- Guillaume BACOT, Les fondements juridiques des constructions politiques des monarchiens
- Michel LASCOMBE, Réviser la Constitution.

Suite page 4 de couverture.





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

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

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

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

DROIT PROSPECTIF

1991-3

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

Abréviation de référence : R. R. J.

N. XVI - 46 (16ème année - 46e numéro)
(4 Numéros par an)

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

COMITÉ DE PATRONAGE

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

*_*_*_*

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

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

COMITÉ SCIENTIFIQUE

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

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

ÉQUIPE DE RÉDACTION

F. BOULAN
L. FAVOREU
M. GARCIN

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

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

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1991

Abonnement de Soutien : 500 F
Abonnement (France) : 350 F

Abonnement étranger : 400 F
Numéro (France) : 100 F

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

LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ
12, Rue Nazareth - Aix-en-Provence
Sciences Juridiques, Économiques et Sociales
Correspondant de
LA DOCUMENTATION FRANCAISE
OCDE - INSEE - ONU - UNESCO
Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques



TABLE DES MATIÈRES

ÉDITORIAL	593
- Conférence de M. Pierre DRAI, à l'Institut Portalis, Le rôle et la place du juge en France, aujourd'hui	595
I - DROIT CONSTITUTIONNEL, SCIENCE POLITIQUE ET HISTOIRE DES IDÉES POLITIQUES	
- Guillaume BACOT, Les fondements juridiques des constructions politiques des monarchiens	607
- Michel LASCOMBE, Réviser la Constitution	653
Christiane PEYRON-BONJAN, De la dialectique de la responsabilité à la dialectique de la morale	675
- Frédéric VEAU et Isabelle BADORC, La délimitation des circonscriptions pour les élections législatives et canto- nales sous la Vème République	685
II - PHILOSOPHIE DU DROIT ET MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE	
- Paul DUBOUCHET, La théorie pure du droit de Kelsen et la logique	725
- Vincente FORTIER, La fonction normative des notions floues	755
- Christiane PEYRON-BONJAN, Force et logique du discours. Pour un essai méthodologique de lecture critique	769
III - DROIT PÉNAL	
- Lakhdar BOUMAZA, La rétroactivité "in mitius" : l'application d'un principe à valeur constitutionnelle dans la jurisprudence criminelle en matière économique (suite et fin)	779

IV - COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

a) Cour de Cassation

- **La filiation contractuelle : épilogue ou moratoire ?**
Note Tanguy BARTHOUIL, sous l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation du 31 mai 1991..... 843
- **À propos de la perte de confiance...**
Note Claude SAINT-DIDIER, sous l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de Cassation du 29 novembre 1990..... 867

b) Conseil d'État

- **À propos de l'obligation d'expression directe sur les chaînes publiques**
Note Alain BOYER, sous Conseil d'État, 19 janvier 1990 .. 881
- **La nomination des présidents des sociétés nationales de programme et le juge administratif**
Note Alain BOYER, sous Conseil d'État, 19 janvier 1990 .. 889

V - ACTUALITÉS DOCTRINALES

- **Droits de Dieu et droits de l'homme**
Actes du IXème Colloque national des juristes catholiques
(Présentation par Alain SÉRIAUX) 899
- **Naissance de la loi moderne, par Michel BASTIT**
(Présentation par Alain SÉRIAUX) 902
- **Introduction critique au droit naturel**
par Javier HERVADA
(Présentation par Alain SÉRIAUX) 905
- **Alvaro D'ORS : Une introduction critique à l'étude du droit. Présentation, traduction et notes**
par Alain SÉRIAUX
(Présentation par Emmanuel PUTMAN)..... 906
- **La notion d'action directe, par Christophe JAMIN**
(Présentation par Emmanuel PUTMAN)..... 909

ÉDITORIAL

On a plaisir à présenter aux lecteurs de cette Revue, le présent numéro, dont le contenu est très riche.

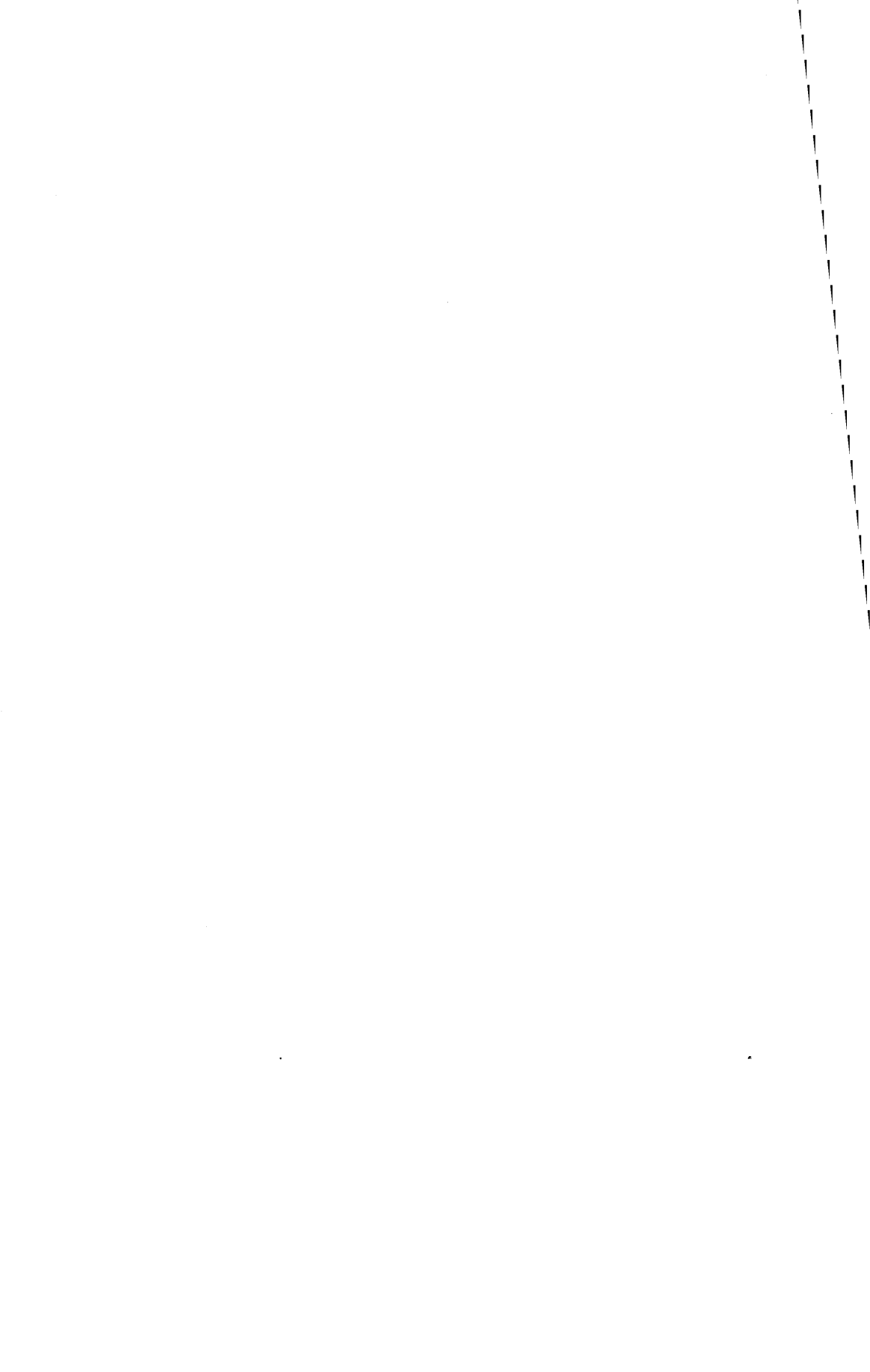
Il s'ouvre par le texte de l'exceptionnelle conférence de Monsieur le Premier Président à la Cour de cassation, prononcée à l'occasion de la séance solennelle de distribution des prix de l'Institut Portalis (Faculté de Droit d'Aix). Cet Institut de Faculté a vocation à constituer, pour quelques-uns de ses meilleurs étudiants, un pôle d'excellence. Cette conférence de Monsieur Pierre Draï vient exactement à son heure puisque le premier magistrat de France a choisi de parler du "Rôle et de la place du juge en France aujourd'hui", sujet d'actualité s'il en est.

Ce numéro s'efforce de répondre à sa vocation de recherche et de prospective à travers un certain nombre d'articles consacrés à des thèmes très spéculatifs (La théorie pure du droit de Kelsen, (la célèbre "Reine rechtslehre"), la fonction normative des notions floues...) qui montrent l'avancée, dans les disciplines juridiques, en aval et en amont du droit positif des éléments de réflexion empruntés à la philosophie du droit, à la méthodologie ou à l'épistémologie juridiques. La chose ne peut, au vrai, surprendre, le droit n'est pas une science et encore moins une science exacte. Il n'est pas un savoir ou un instrument de connaissance. Le droit est une discipline normative. Il fixe les règles de conduite et de solution, règles collectives comme règle individuelle. S'il est norme, il ne peut être qu'axiologique, c'est-à-dire fondé sur un système de valeurs. En définitive, et en dernière analyse, il se fonde sur une conception de l'homme envisagé comme individu et comme membre du corps social ; comme être actuel et potentialité d'être, dans l'infini diversité de sa nature et l'unicité de sa fin. En bref, aucune règle juridique, aucun principe juridique, n'existe sans au moins un but, celui poursuivi par l'individu ou le groupe, auteur ou découvreur de cette règle ou de ce principe.

Or, pour cela il a bien fallu opérer un choix, nécessairement fondé sur un système de valeurs. Que, d'une certaine façon, la métaphysique induise le droit, c'est-à-dire le "juste", ces articles nous le rappellent fort opportunément.

Enfin, le lecteur aura observé, au fil des plus récents numéros de la Revue, la "montée en puissance" de la chronique jurisprudentielle. Signe des temps que cette attention des chercheurs à scruter la jurisprudence, appelée à seconder, mais, aujourd'hui peut-être plus qu'hier, à dénoncer le législateur qui a de plus en plus de peine à suivre une évolution, notamment technique, d'une vertigineuse -et parfois angoissante- rapidité. Tel est le cas, en particulier, de l'important commentaire que Monsieur Tanguy Barthouil consacre à l'arrêt d'Assemblée plénière rendu le 31 mai 1991 par la Cour de cassation, dans l'affaire dite des "mères porteuses". La jurisprudence, "source" du droit ? Pourquoi pas, lorsqu'elle s'efforce de repérer entre les silences et ambiguïtés du droit positif d'une part, et les aurores brumeuses des avènements d'autre part, le fragile rayon de la "Justice" ?

Jean-Claude RICCI



"LE RÔLE ET LA PLACE DU JUGE, EN FRANCE, AUJOURD'HUI" (1)

Par

Monsieur Pierre DRAI
Premier Président de la Cour de Cassation

Monsieur le Doyen de la Faculté,
Monsieur le Directeur de l'Institut Portalis,
Monsieur le Premier Président,
Monsieur le Procureur Général,
Mesdames, Messieurs,

Celui qui s'adresse à vous -un juge- vous dit sa vive et profonde gratitude.

Vous lui accordez un privilège : il aura garde d'en abuser ou d'en mésuser, celui de parler au nom d'une magistrature dont l'honnêteté morale et la conscience professionnelle, louées à l'étranger, ne sont pas fondamentalement mises en cause dans notre pays où, pourtant, par la plume, le burin ou le pinceau, sur scène ou à l'écran, il est de bon ton d'associer le policier, le gendarme et le juge dans une critique acerbe ou une ironie féroce.

Vous lui accordez aussi un honneur (il en a pleine conscience et il en éprouve beaucoup de fierté) : celui de s'adresser à la jeunesse, la jeunesse des juristes, ceux qui, demain, assureront la défense et le conseil, ceux qui, demain, auront mission de dire le droit, de trancher les différends et d'établir cette paix judiciaire hors laquelle l'état de droit reste un concept creux et inconsistant.

Vous lui ménagez, enfin, une occasion (les anglicistes diraient une opportunité) inestimable par les temps qui courent, celle d'exprimer, devant le meilleur public qui soit -les juges et les avocats de demain- quelques réflexions sur ce phénomène qui s'étire sur plusieurs décennies et qui n'en finit plus de durer, qui, de langueurs en états d'âme ou de frondes en manifestations médiatiques, parfois bruyantes, évolue sur une mer de sarcasmes indignés et de haros vengeurs : je veux parler de ce qu'il est convenu d'appeler la crise du juge, la crise de la justice.

Car, le juge n'a jamais été autant sur le devant de la scène.

(1) Conférence prononcée lors de la remise des prix de l'Institut Portalis (Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille) le 22 avril 1991.

Certes, pour Robert, dans son Dictionnaire de la langue française, la "crise" est un "moment" par lequel se caractérise, dans une maladie, un changement subit et généralement décisif.

Et Robert d'ajouter que ce changement peut, aussi bien, être "en bien ou en mal".

Il faut le répéter, pour bien s'en convaincre, la "crise" est un moment généralement court et douloureux, de la vie d'un patient et celui-ci n'a qu'une seule hâte, celle "d'en sortir" et de "s'en tirer", sans trop de dégâts.

Il faut aussi le savoir : la justice et les juges ne laissent jamais indifférent et cette "étrange puissance de séduction" que Frantz Kafka attribuait à cette chose qu'est l'*institution justice* ne laissera jamais les chroniqueurs qui, par le texte ou par le dessin, par l'image ou par le son, s'ingénient à mettre "les juges dans la balance", à leur reprocher tantôt leur soumission et tantôt leur arbitraire, tantôt leur éloignement des hommes qui vivent et qui souffrent, et tantôt leur "insertion" excessive et sans réserve dans un "tissu" politique, social ou économique qui en fait des "partisans".

Juge lointain, juge tatillon, juge asthénique, juge-sheriff, juge expéditif, tous les qualificatifs pourront s'égrener, indéfiniment, sur le ton de la polémique vengeresse ou sur celui de la plaintive litanie.

Dans l'imagerie populaire, celui des juges qui trouve grâce, c'est un certain "petit juge" siégeant à Château-Thierry, pourtant tellement décrié par les juristes -à moins que ce ne soit ... Dieu, dans le symbole de la volonté suprême des monothéistes.

Le secret de tout cela, c'est que l'homme, dans sa grandeur ou sa petitesse, accepte difficilement, sinon pas du tout, que l'un de ses prochains puisse décider, trancher et imposer.

Il le fait savoir, quand sa thèse est rejetée, en "montant" jusqu'à la Cour de Cassation (et encore, au-delà, si possible) et, quand ses prétentions ont été accueillies, ce n'est alors que justice rendue à son "bon droit".

Comment alors le juge, qui n'est qu'un homme ou une femme, jeune ou ... moins jeune, peut-il alors se situer dans une société qui évolue à la vitesse V, conquérir et conserver l'estime et la considération, l'une et l'autre faites de temps et de patience ? Phénomène passager ou durable, la "crise du juge" s'attache à notre condition d'homme exigeant et impatient.

Qui t'a fait juge ? Pourquoi me juges-tu ? Poser ces deux questions à un juge, c'est le pousser à rechercher, dans la surprise et dans l'angoisse, la source de sa légitimité et les limites de son pouvoir.

"Ne jugez pas les autres, afin de n'être pas jugés ... Hypocrite, ôte d'abord la poutre de ton œil, alors tu y verras clair pour ôter la paille de l'œil de ton frère" (MATT. 7-1 et 5).

À cette sévère interpellation de l'Évangile, répondait, 2000 ans plus tard mais sur un fond plus cruel et plus acide encore, le propos que Marcel Aymé, dans "*La tête des autres*" (acte IV - scène 6) met dans la bouche du Procureur Bertolier : "Nous autres magistrats, nous connaissons trop les faiblesses des hommes pour nous permettre de regarder les nôtres avec une excessive sévérité".

Pour décider de la vie, de l'honneur ou de la fortune de son semblable, il faudrait donc procéder d'un Être Suprême, incontestable dans sa perfection.

Apprenant qu'il était condamné à la peine capitale, Socrate jetait ses juges dans la plus profonde perplexité : "Il est temps que nous nous séparions, ô mes juges ! Vous, pour continuer votre vie ; moi, pour rejoindre la mort. Qui de nous a le plus heureux partage ? Nul ne le sait, Dieu excepté".

Et pourtant, il nous faut des juges !

Dans notre pays, que la contestation et le bruit désignent comme une vraie démocratie, face au silence ordonné d'un régime totalitaire, parler de la justice et des droits de l'homme, encore et toujours, c'est entretenir la flamme, parfois tremblante, sur laquelle le juge doit veiller et, si besoin est, la ranimer lorsque soufflent des "vents mauvais".

Oui, le juge n'a jamais été autant sur le devant de la scène.

Alors que, de toutes parts, furent les critiques sur sa formation, son inaccessibilité, sa démarche, les lenteurs et les coûts du produit fini -le jugement- qu'il est censé tenir de fournir, c'est par gros bataillons que se dirigent vers lui tous ceux qui, consciemment ou non, aspirent à plus de droit et pour qui le juge doit servir d'organe de régulation économique ou sociale.

Certes, nos juges n'entendent assurer aucun gouvernement et, gît toujours dans leur tréfonds intime, le refus, pour ne pas dire la hantise, de l'arrêt de règlement dont l'article 5 du Code civil, fruit direct des animosités et des méfiances convergentes de l'ancien régime et du droit révolutionnaire, est toujours scellé sur leur route, comme un panneau d'interdiction absolue.

Et pourtant, le besoin de droit est grandissant et les "consommateurs de droit" (quelle affreuse formule !) de plus en plus exigeants.

Car, sortis d'une économie strictement dirigée et réglementée et contraints d'ouvrir largement les yeux et les oreilles sur de nouveaux domaines recouverts par le droit, nos juristes -et pas seulement nos juges- doivent être sensibles à ce phénomène de "pan-juridisme" dont nos sociétés modernes commencent à découvrir ou à deviner les bienfaits avec leur naturel accompagnement d'efforts d'adaptation et de périls.

Certes -et je cite Monsieur Laurent Cohen-Tanugi, dans son tout récent et remarquable essai sur *La métamorphose de la démocratie* : "La société et les États de demain auront de multiples services à demander à leurs juges -c'est mal se préparer à favoriser cette mission que de perpétuer une tradition politique qui réserve à la juridiction et à la jurisprudence le rôle d'un étroit interprète".

Le procès civil, qui oppose un demandeur à un défendeur, en vue de la reconnaissance ou de la consécration d'un légitime intérêt personnel et privé, procède de ce "combat pour le droit", auquel Von Ihering a consacré, voici exactement cent ans, des pages dont le contenu moderniste révèle la permanente actualité.

Le droit est un travail incessant : qu'il s'agisse de le consacrer dans la loi ou d'en assurer, dans un jugement, la réalisation et l'effectivité, c'est dans l'action -et donc dans la lutte- qu'il faut se situer.

Et Von Ihering de condamner ceux qui, par ignorance, par paresse ou par lâcheté, permettent au plus fort, au plus patient, au plus roué, de l'emporter dans ce combat singulier pour l'affirmation du droit.

Certes, ce n'est ni le temps, ni le lieu de débattre des thèses de ce philosophe juriste et le juge qui s'adresse à vous sait bien que le contentieux relève, par certains côtés, de la pathologie et qu'il n'est pas bon, pour la paix

sociale, pour la paix des ménages, pour la paix des entreprises, que le procès s'éternise ou qu'il affecte des formes ou emprunte des voies qui laisseront les cœurs et les esprits profondément marqués par l'amertume, la rancœur ou l'animosité.

Le recours au juge, que celui-ci soit élu par ses pairs, choisi comme arbitre ou nommé par l'autorité étatique, est le point de départ d'un "match" où les partenaires, avec la passion de gagner, vont échanger coups et arguments, pratiquer feintes et esquives, se livrer à des mêlées ou à des échappées jusqu'à l'ultime seconde où le coup de sifflet final désignera le vainqueur.

Mais, dans cette compétition, tout n'est pas permis : les coups bas sont proscrits et désignent leurs auteurs à la réprobation.

Les règles du jeu, qui fixent les limites de ce qui est permis et de ce qui est défendu, c'est l'arbitre ou le juge qui a mission de les faire observer et respecter, par son autorité personnelle voulue ou acceptée, ou par l'ultime recours à la sanction du carton jaune de l'avertissement ou du carton rouge de l'expulsion du terrain.

De même, dans le déroulement du procès, le juge, qu'il précède les combattants, les suive ou simplement les accompagne, est tenu de faire observer les règles du jeu, mais il est aussi tenu de les observer lui-même.

Si Dieu doit toujours nous garder de l'équité des juges, ceux-ci ne sauraient non plus, arbitrairement et discrétionnairement, poser les jalons de ce chemin montant et sinueux qui conduit au jugement ou à l'arrêt.

Les règles du combat judiciaire, tout comme la langue d'Esopé, peuvent relever du meilleur ou du pire.

Maniées par des hommes de loi orgueilleux ou cupides, elles ne conduisent qu'aux abus de l'incompréhensible ou du dilatoire et donc à la défiance ou à la désespérance.

Mais qu'elles constituent cette procédure "plus simple, plus expéditive et moins coûteuse", ardemment souhaitée par le législateur révolutionnaire (loi du 24 août 1790), c'est alors le règne de la transparence des démarches et du contrôle de ce juge qui a reçu mission de rendre la justice "au nom du peuple français".

Mais prenons garde aux excès de la simplification et du simplisme.

Il faut, avant tout, donner aux justiciables des garanties contre l'arbitraire : il faut que l'instruction des procès puisse être sérieusement faite ; que chacun ait la possibilité de se défendre ; des formes précises et des délais suffisants doivent être, à cet égard, imposés par la loi.

Il me faut encore citer Von Ihering : "Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté, les formes fixes sont l'école de la discipline et de l'ordre" (Esprit du droit romain, t. III, p. 164).

Le juge, appelé à arbitrer entre deux prétentions contraires et à distinguer le juste de l'injuste, se détermine d'abord suivant la norme légale positive, qu'il aura à interpréter, car il est, avant tout, serviteur de la loi.

Mais, dans le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de celle-ci et parce que l'article 4 du Code civil lui en fait l'obligation, il aura encore à se prononcer suivant les principes généraux du droit, les principes de justice universelle dont l'émergence récente constitue un phénomène remarquable, objet d'études, de colloques ou de congrès, tous principes dont la Cour de

cassation reconnaît, de plus en plus, la nécessité positive, au point d'en faire expressément le visa, en tête d'arrêts de cassation.

C'est ainsi qu'un Professeur d'Université relevait récemment que, depuis une dizaine d'années, plus de cinquante décisions s'étaient fondées expressément sur des principes de droit.

Il ne faut pas, non plus, négliger cet appel à l'imagination créatrice auquel défèrent de plus en plus de juges, convaincus qu'ils sont qu'aucune interrogation d'un justiciable ne saurait rester sans réponse, dans une société où les problèmes se posent avec acuité et urgence, où le législateur n'entend pas intervenir immédiatement, au coup par coup (par exemple, les problèmes posés par la génétique ou l'éthique médicale, par le développement de l'informatique ou de l'intelligence artificielle).

Avec prudence certes et avec la circonspection qui s'impose à la nécessaire modestie du juge, celui-ci ne saurait oublier que, dans notre démocratie libérale et donc généreuse, l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen proclame que, "tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché et nul ne peut être conduit à faire ce qu'elle n'ordonne pas".

C'est donc dans une aire vaste et sous les contrôles juridictionnels fixés par la loi (appel et pourvoi en cassation) que le juge français, qui n'est plus un juge aux mains liées, va se mouvoir pour la réalisation de droits ou prérogatives nouveaux.

Cette action du juge me paraît devoir se développer sous le signe et dans la mouvance de deux principes, un principe de loyauté et un principe de rationalité.

Tout voir et tout comprendre, telle doit être la devise commune des juges et de leurs interlocuteurs.

* * *

DU PRINCIPE DE LOYAUTÉ

Le combat judiciaire doit être, par définition, un combat loyal, au grand jour de l'audience publique, devant un juge impartial et neutre vérifiant les armes employées par les antagonistes, le tout sous le contrôle attentif d'une opinion publique toujours passionnée par les péripéties de la vie judiciaire.

C'est un droit fondamental, inhérent à la personne humaine, que celui d'exiger et de toujours trouver un juge impartial

Ce juge est, certes, un homme ou une femme dans la cité et il ne saurait lui être refusé de mener une vie de libre citoyen et d'adapter ses comportements personnels à ses opinions et à sa philosophie de la vie.

Mais, placé un jour au point de convergence d'opinions opposées, le juge ne saurait qu'être transparent.

Dans un conflit entre un bailleur et un preneur, nul ne devrait pouvoir deviner que son juge est, lui-même, un preneur ou un bailleur.

De même, jamais un juge ne devrait donner lieu à ces investigations insupportables sur sa confession religieuse, ses opinions politiques, ses options morales mais, en sens inverse, commet un abus de pouvoirs ou d'autorité le juge qui, motivant sa décision, fonde celle-ci sur ses propres

options philosophiques ou morales et se permet, du haut de son siège et sans possibilité de réplique, de fustiger une action ou une abstention, parce que telle est sa propre vision des choses.

C'est avec une infinie délicatesse, qu'un juge, hostile au divorce par convictions religieuses personnelles, traitera le dossier que lui soumettront deux époux désunis : qu'il prenne garde à ne pas faire triompher ou imposer son sentiment : il le doit à ceux qui demandent l'application de la loi, de la loi seule.

Le déport du juge, spontanément et en conscience, de même que sa récusation, à l'initiative d'une partie, offrent une garantie suffisante et doivent permettre de découvrir et de consacrer ce juge indépendant et impartial, ce juge qui a tant besoin de crédit et pour qui se charger d'une "mission" est sûrement un péché contre l'esprit.

À cet égard, l'article 146-a1.2 NCPC interdit justement au juge d'ordonner une mesure d'instruction "en vue de suppléer la carence d'une partie dans l'administration de la preuve".

Belle image des plateaux d'une balance sur lesquels le juge ne saurait donner ce "coup de pouce" propre à rompre l'égalité des armes et à faire penser que le juge accorde libéralement à une partie au procès une faveur qu'elle ne saurait mériter.

Car, il ne suffit pas que le juge soit impartial et indépendant, il faut qu'il apparaisse tel à ceux qui le voient agir.

La Cour de Justice des droits de l'homme a bien eu raison d'affirmer, dans un arrêt récent, que "pour décider si un tribunal peut passer pour indépendant comme l'exige l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, les apparences peuvent, elles aussi, revêtir de l'importance".

Aller vers son juge, en toute confiance, avec la seule volonté de le convaincre par la force du raisonnement ou la richesse de ses arguments, c'est la seule démarche possible à un homme libre, dans un pays de liberté.

"La justice est une œuvre de lumière et non de ténèbre" (Frain de Tremblaye, Essai sur l'idée du parfait magistrat).

C'est pourquoi, la publicité de la justice constitue le principe fondamental sur lequel tout repose et sans quoi la science ou la technique juridiques, la générosité de cœur ou la bonne volonté du juge seraient sans portée.

Toute société démocratique est attachée à la publicité de sa justice, car c'est dans le secret que se développent les atteintes contre la personne humaine, contre ses libertés et contre ses prérogatives essentielles.

Il nous incombe, à nous juges, d'agir dans la clarté et la publicité, d'accepter le contrôle de ce peuple de France, au nom de qui nous avons l'honneur de nous prononcer et dont on sait qu'il s'attribue une mentalité de juriste raisonneur et exigeant.

Il est clair que le Français n'aime pas voir ses juges s'entourer de mystère et, dans un procès civil, (celui dont nous avons à nous occuper en cet instant) il ne supporte pas que son juge procède, à son insu, à des investigations personnelles ou utilise ses connaissances propres.

Certes, le juge doit manifester de la curiosité et du zèle dans la recherche de la vérité et la réunion des preuves, mais cela ne saurait lui permettre d'alimenter le débat judiciaire, de son propre chef : la liberté de la défense en justice n'est protégée et garantie que si le juge, impartial et

prudent, ne fait état que des seuls faits qu'a pu éclairer la discussion des parties intéressées.

Le respect des droits de la défense est unanimement reconnu comme le principe fondamental de notre justice civile. Dès 1828, la Cour de cassation a proclamé que ces droits se rangeaient parmi les droits naturels (Civ. 7 mai 1828, S.1929-1-329), car "personne ne doit être condamné sans avoir été interpellé et mis en demeure de se défendre".

L'idée de l'égalité de la situation des plaideurs a toujours obsédé les théoriciens du droit : elle domine la conception pythagoricienne de la justice-échange, comme elle domine le symbolisme de la balance.

Imposé par la "droite raison" autant que par "la nature des choses", c'est le principe du contradictoire qui va nous retenir quelques instants. Il fixe les droits et les devoirs respectifs.

Pour les parties au procès, d'abord : le demandeur a le devoir d'aviser son adversaire de la citation en justice dont il est l'objet et il doit le mettre en mesure de se présenter devant le juge et de se présenter en temps utile.

Demandeur et défendeur sont, chacun pour ce qui le concerne, obligés de soumettre moyens et preuves au tribunal, de telle manière que l'adversaire en ait connaissance et soit en mesure de les discuter.

Tout élément de décision doit être communiqué par l'une des parties à l'autre et la totale loyauté exige que le juge ne puisse rien avoir entre les mains qui ne soit d'abord passé entre celles des parties au procès.

Car, celles-ci ne sont pas seules tenues à l'obligation d'observer un minimum de loyauté : "le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction" (article 1 NCPC).

Le juge, qui a vu ses pouvoirs accrus, ne saurait jamais tenir secret le cheminement de sa pensée sans le soumettre au double contrôle de la publicité de l'audience et de la critique du bien-fondé de son argumentation.

Le jugement ne jaillit pas d'une boîte-surprise : pour être compris et accepté, il doit être attendu et presque deviné, car il est œuvre de loyauté et fruit de transparence.

Voilà pourquoi, le juge ne saurait jamais craindre ou tenir pour des gêneurs l'avocat ou le journaliste.

L'avocat, technicien de droit, tout comme le juge, et défenseur des droits de l'homme, tout comme le juge, empêche le juge de céder à la mécanique de l'habitude et de la routine : il est le grain de la contestation mais aussi le bon ouvrier à l'imagination créatrice.

L'un des nôtres ne se demandait-il pas, un jour, quel aurait pu être le sort de Jésus, s'il avait été assisté d'un avocat ?

Le journaliste, qu'il soit de la grande presse ou de la presse spécialisée, de la presse écrite ou de la presse audiovisuelle, a sa place dans les palais de justice.

Sans procéder lui-même aux démarches, enquêtes et investigations qui relèvent de la seule action et de l'exclusive responsabilité du juge, il rend compte et il éclaire, il aide à comprendre : c'est une œuvre salutaire et indispensable : la confiance dans le juge est à ce prix ; nous juges, refusons-nous à tout marchandage et acceptons, avec clairvoyance et sans réticence, que nos concitoyens nous voient à l'œuvre et nous jugent, à notre tour.

DU PRINCIPE DE RATIONALITÉ

Tout comprendre de l'action du juge, pour la contrôler certes mais aussi pour adhérer à l'ordre contenu dans son jugement : telle est bien l'exigence de l'homme de raison né du siècle des Lumières, telle est encore l'aspiration de celui qui, franchissant le seuil d'un palais de justice, se refuse toujours et souvent avec force bruits et violences à s'engager dans une aventure sans fin et qui n'entend pas se voir enlever par d'autres ce qu'il tient pour "son procès" et "ses droits".

Donnant libre cours à la satire gratuite dont il était coutumier, Anatole France définissait ainsi les devoirs et droits de chacun : les parties, "il faut renoncer à comprendre" et pourtant, pour le juge, "il ne faut pas renoncer à juger".

Notre société, au travers de l'autorité judiciaire et au travers de ses juges, se doit de donner l'exemple et de sacrifier au principe de rationalité et de cohérence : il y va de la tranquillité publique et de la cohérence sociale.

Notre société et donc le pouvoir politique, qui a en charge l'élaboration et la formulation de la règle de droit et qui se targue d'instaurer l'état de droit ne peut pas échapper à l'obligation d'en assurer l'application effective, à peine de donner dans le "spectacle politique" et de n'utiliser la fonction normative que "comme une sucrerie ou un opium" (Jean-Pierre Henry, Vers la fin de l'état de droit ?).

Si, devenu partisan d'un "libéralisme institutionnel", l'homme de cette fin de siècle proclame son "droit au droit" (J.-M. Varaut : Le droit au droit), que peut donc être un droit qui s'exercerait devant des juridictions aux fonctions et aux compétences respectives mal définies et aux rôles surencombrés ?

Découvrir le juge compétent et avoir accès auprès de lui, sans que cette première course soit épuisante pour qui s'y prête, c'est bien là une liberté civile fondamentale.

L'accès à la justice, par un assouplissement plus libéral des règles et exigences de l'aide judiciaire et par une simplification des procédures de saisine des juridictions, doit être rendu toujours plus facile, car s'il est une démarche qui peut être tenue pour "rebutante", c'est bien celle qui se voit imposer une course d'obstacles, dont seuls les techniciens de la procédure possèderaient les règles comme un "dépôt sacré".

Il est bon que les règles de procédure ne soient tenues par les juges que pour ce qu'elles sont, des outils pour assurer un combat judiciaire loyal et compréhensible.

Qui a jamais pu comprendre qu'une irrégularité, involontaire ou non imputable à celui à qui elle est opposée, ne soit pas susceptible d'être régularisée et puisse entraîner la perte d'un droit ?

C'est dans l'action au quotidien, claire et compréhensible, que le juge civil asseoit son autorité et forge sa légitimité.

Qu'un juge prenne tout son temps pour instruire une affaire ou la mettre en état d'être jugée ; qu'il détermine lui-même ses délais, comme s'il était le propriétaire, maître absolu de l'affaire ne va-t-on pas aussitôt imaginer qu'il se comporte en "fossoyeur" du dossier pour les raisons les plus folles tenant à ses préférences ou idéologies personnelles ou à des pressions extérieures ?

Qu'un juge, se prenant pour un justicier ou un grand inquisiteur, prenne des initiatives pour découvrir la vérité, impose aux parties des contraintes pour se prêter à un examen médical, ou pour fournir, contre leur gré, des moyens de preuve qui seront utilisés contre elles : ne va-t-on pas aussitôt crier à l'abus de pouvoir, à l'atteinte aux principes de liberté et d'égalité ?

Non, l'administration de la preuve est une œuvre commune des parties au procès et du juge.

C'est dans le délai raisonnable, adapté au degré de complexité et à la nouveauté du problème posé, à la difficulté d'élaborer une solution, que le juge doit enfermer sa démarche et éviter aux parties les longueurs d'un délibéré sans terme fixe : l'article 450 du nouveau Code de procédure civile lui impose et il conviendrait en cas d'abus manifeste que les parties puissent interroger le juge sur ce point, sans avoir à passer par l'autorité hiérarchique.

L'obligation de motiver la décision judiciaire constitue une garantie fondamentale, garantie contre l'abus des pouvoirs discrétionnaires, garantie contre l'arbitraire du sentiment du juge, garantie contre l'argument d'autorité qui lie le juge et en fait le serviteur de forces occultes.

Motiver un jugement, c'est le faire comprendre et, peut-être, admettre par le perdant et c'est mettre une juridiction autre en mesure d'exercer un contrôle ou de juger autrement.

Motiver un jugement en l'incluant dans la forme implacable d'un syllogisme, c'est éclairer la démarche et la technique du juge :

- *La majeure*, c'est la loi applicable au cas de l'espèce : cette loi ou cette règle normative a-t-elle été bien choisie et selon la volonté ou l'attente des parties ?

- *La mineure*, c'est l'ensemble des faits de la cause, tels qu'ils ont été avancés ou prouvés par les parties : le juge les a-t-il bien tous pris en compte ?

- *La conclusion*, enfin, c'est ce par quoi, dans un enchaînement logique et très cartésien, s'expriment l'ordre et le commandement du juge.

La motivation des jugements est la protection du justiciable contre ce "ministre d'équité" dont il nous faut surtout nous préserver, même si de bons esprits ont avancé, avec finesse, que le syllogisme du juge n'était qu'un "montage plaqué a posteriori par lui, après la découverte de la solution".

La motivation des jugements contribue à l'information : elle est un puissant et irremplaçable moyen de libération.

* * *

CONCLUSION

Dans cette action du juge, qui se doit d'être, toujours et en tout lieu, publique, ouverte et transparente, mais aussi accessible dans ses résultats parce que logique et raisonnable, gardons-nous des excès de l'acharnement judiciaire et du "tout judiciaire".

Un juge toujours disponible, oui, mais un juge qui n'agit que parce qu'il en est requis, un juge capable à tout instant de maîtriser et d'arrêter la machine judiciaire, lorsque celle-ci s'emballe et menace d'écraser.

"Le procès -et plus spécialement le procès civil- ne saurait jamais être ce long cauchemar -un personnage sans nom.... Une arrestation sans motif - Des juges inaccessibles... Un avocat introuvable.... Des portes qui s'ouvrent sur des scènes interdites... Un lent glissement des choses vers le néant, l'absurde... Pour finir, une exécution inéluctable".

Vous l'avez deviné : c'est le scénario du *procès* de Franz Kafka.

Dieu nous garde d'un tel scénario.

Les droits de l'homme ne sauraient y résister : le juge qui s'est adressé à vous, Monsieur le Président, Messieurs, en est convaincu.

C'est l'honneur de la justice française de mener le combat pour la défense et l'illustration de ce qui fait notre raison de vivre.

Je conclus.

À l'homme public, au puissant tout comme au démuné et au sans grade menacé dans ses droits et libertés fondamentaux, je dis : saisissez les juges et exigez d'eux qu'ils vous rendent justice.

Dans sa sécheresse même, cette invitation revêt des vertus essentielles :

1. Elle consacre notre État de Droit,
2. Elle accroît encore ce capital de confiance, dont nos juges ont besoin pour soutenir leur moral et leur volonté d'agir,
3. Elle est un acte de foi dans leur indépendance, leur sérénité et leur aptitude à surmonter passions et égoïsmes, soupçons et malveillances,
4. Face aux puissances de tous ordres, ouvertes ou occultes, elle signifie au juge qu'il est le recours unique de l'individu,
5. Elle maintient la chaîne d'une confiance que le meunier de Potsdam, en butte aux menaces de son roi, exprimait sans ambages: "Oui, il y a encore des juges, à Berlin".

Oui, il y a toujours des juges, en France.

À mes collègues, jeunes ou moins jeunes, juges uniques ou juges en collègue, j'adresse une supplique et une seule:

"MÉRITEZ CETTE CONFIANCE

"SOYEZ CRÉDIBLES".

Le juge, que vous avez eu la bonté et la patience d'écouter, vous dit "MERCI".

R.R.J. 1991-3

Pages 605 à 722

- I -

**DROIT CONSTITUTIONNEL,
SCIENCE POLITIQUE
ET HISTOIRE DES IDÉES
POLITIQUES**



LES FONDEMENTS JURIDIQUES DES CONSTRUCTIONS POLITIQUES DES MONARCHIENS

Par

Guillaume BACOT
Professeur à l'Université de Reims

PLAN

INTRODUCTION

I - LE CONTRAT SOCIAL

A - Un contrat fondateur

1° - L'objet du contrat social

2° - La nature du contrat social

B - Un contrat ancien

1° - La préexistence des institutions

2° - L'évolution de la société

II - LA VOLONTÉ GÉNÉRALE

A - Le corps des citoyens

1° - La largesse initiale

2° - Les restrictions ultérieures

B - Les citoyens en corps

1° - La condamnation des différenciations sociales

2° - Les réserves sur le principe majoritaire

III - LE SIÈGE DE LA SOUVERAINETÉ

A - La souveraineté des propriétaires

1° - Les propriétaires seuls éligibles

2° - Les propriétaires seuls électeurs

B - La souveraineté de la raison

1° - La volonté générale et la raison

2° - La diffusion de la raison

CONCLUSION

INTRODUCTION

Le groupe des monarchiens est connu pour avoir préconisé, au début de la Révolution, l'imitation en France des institutions britanniques ; puis pour avoir essayé d'arrêter le cours des événements et restaurer l'autorité royale. Désireux de se situer entre la contre-révolution et le mouvement révolutionnaire, ils se sont vus rejetés malgré eux par l'échec successif de tous leurs projets du côté de la réaction (1) ; qui plus est, cet échec en a fait des vaincus abandonnés aux poubelles de l'Histoire. Pourtant, on peut se demander si leur rôle n'a pas été beaucoup plus décisif qu'il n'y paraît, dans l'évolution politique et constitutionnelle de la France ; si, derrière leur défaite apparente, ils n'ont pas en réalité fait cheminer par des voies souterraines, tout au long de la Révolution et de l'Empire, un courant de pensée dont la résurgence ultérieure aboutira à la Charte de 1814. On peut ainsi légitimement penser qu'ils constituent la transition qui permet, seule, de vraiment comprendre le passage de conceptions initialement très marquées encore par la philosophie des lumières et l'influence de Rousseau, à celles qui caractériseront bientôt les doctrinaires et Royer-Collard.

La consistance de ce groupe monarchien est à la fois difficile et facile à déterminer. Difficile, parce qu'au fil des événements ses préoccupations et sa composition se sont modifiées. Il faut distinguer à cet égard au moins trois périodes : d'abord, ceux qui ont soutenu les propositions du premier comité de Constitution à l'Assemblée constituante, sous la houlette de Lally-Tolendal, Mounier et Virieu ; puis ceux qui ont continué à résister à la majorité constitutionnelle, après les journées des 5 et 6 octobre 1789, sous la direction de Clermont-Tonnerre et Malouet, avec l'appui de Mallet du Pan et du Mercure de France ; enfin ceux qui ont poursuivi dans l'émigration le rêve d'une monarchie limitée, autour du comité de Londres, animé par Lally-Tolendal, Malouet et Montlosier. On peut dans cette perspective longuement s'interroger sur le centre de gravité du mouvement ; on peut en particulier s'étonner avec Robert Griffiths (2), que Jean Egret ait pu, dans un livre essentiellement consacré à la première de ces périodes (3), utiliser l'appellation de monarchiens qui ne sera consacrée qu'à la période suivante, après la création du club des amis de la Constitution monarchique.

Mais ce genre de discussion semble assez vain, dans la mesure où le groupe a toujours conservé une véritable homogénéité à travers ses différents avatars : même si certains n'y ont fait qu'une adhésion éphémère, comme Bonnay, ou tardive, comme Montlosier ; même si on doit y distinguer ceux qui se situent plus à droite, comme Bergasse, de ceux qui se situent plus à gauche, comme Clermont-Tonnerre ; même si les désaccords y furent fréquents, depuis la polémique qui a opposé en 1789 Mounier et La Luzerne sur la composition de la deuxième chambre, jusqu'à celle qui divisera un moment Lally-Tolendal et Mallet du Pan sur les mérites du Directoire. Il demeure en effet indéniablement un fond commun entre ses principaux

(1) Cf. en particulier ainsi J. Godechot, *La Contre-Révolution*, P.U.F., 2e éd., 1984, p. 75 à 92.

(2) Cf. R. Griffiths, *Le centre perdu, Malouet et les monarchiens dans la Révolution française*, Presses universitaires de Grenoble, 1988.

(3) J. Egret, *La Révolution des notables, Mounier et les monarchiens*, 1789, A. Colin, 1950.

représentants, depuis la convocation des États généraux jusqu'à leur ralliement au Consulat, qui se résume dans le souci constant de concilier une monarchie limitée avec un gouvernement fort.

Cela ne signifie pas que leurs idées n'aient pas évolué ; ni même, d'ailleurs, qu'elles aient toujours évolué au même rythme et dans le même sens. C'est précisément cette évolution qui sera étudiée ici, en ce qui concerne les fondements juridiques de leurs constructions politiques, afin de montrer comment les premiers se sont progressivement modifiés sous la pression des événements révolutionnaires, alors même que les secondes demeuraient stables. C'est que les monarchiens n'ont jamais attaché autant d'importance à ces bases, qu'à l'édifice qu'elles servaient à soutenir. Leur perspective a toujours été éminemment pratique (4), et ils n'ont jamais eu beaucoup de scrupules à adapter à leurs objectifs politiques, les moyens juridiques dont ils pouvaient disposer : ils ont toujours été plus préoccupés de savoir qui serait élu que de déterminer qui serait électeur, plus soucieux d'organiser l'exercice de la souveraineté que de connaître son origine. Mais en même temps, ils n'ont jamais pensé pouvoir faire l'économie de ces justifications théoriques, quitte à en changer quand ils s'apercevaient qu'elles ne répondaient pas à leurs besoins. C'est ainsi qu'ils ont d'abord eu recours, à cet égard, aux matériaux qu'ils ont trouvé abondamment disponibles autour d'eux en cette fin du XVIIIe siècle, avant d'en forger eux-mêmes de nouveaux mieux adaptés à leurs projets, qu'ils lègueront ensuite au XIXe siècle.

Mais, pour bien suivre la démarche des monarchiens, il convient de fixer clairement leur point de départ. On doit en effet abandonner l'idée que leur admiration pour la Constitution anglaise en aurait fait avant tout des disciples de Montesquieu : il suffit d'ailleurs de voir les critiques dont Boisgelin (5) et surtout Mounier (6) accablaient celui-ci à la veille de la Révolution, pour s'en convaincre. En réalité, ce n'est pas tant chez Montesquieu que chez De Lolme, que les monarchiens ont puisé leurs références aux institutions britanniques ; or, ce dernier, en donnant une image très différente de celle qui a été transmise par l'*Esprit des Lois* ; moins soucieux d'équilibre et de contrepois entre les pouvoirs, il insistait sur leur subordination, par voie de contrôles réciproques et d'élections représentatives, aux volontés ultimes du peuple souverain (7). Du reste, les monarchiens avaient bénéficié d'une formation intellectuelle éclectique qui les mettait au fait de toutes les innovations politiques du siècle des lumières. Ils furent souvent à leurs débuts, des lecteurs assidus de Rousseau (8) ; et s'ils n'ont jamais admis toutes les idées de celui-ci, notamment sa condamnation du

(4) Cf. à ce sujet R. Griffiths, *Le centre perdu ...* op. cit., en particulier p. 16 en note, 18, 66, 92, 202 et 230.

(5) Cf. à ce sujet E. Lavaquery, *Le Cardinal de Boisgelin*, Plon, 1920, t. I, p. 297 à 301.

(6) Cf. Mounier, *Nouvelles observations sur les États Généraux*, 1789, p. 211 à 218.

(7) Cf. à ce sujet J.-P. Machelon, *Les idées politiques de Jean-Louis de Lolme*, P.U.F., 1969, p. 97 à 104 et 123 à 125 ; H. Grange, *Necker et Mounier devant le problème politique*, A.H.R.F., octobre-décembre 1969, p. 596-597 ; *Les idées de Necker*, librairie C. Klincksieck, 1974, p. 339 à 349 ; Griffiths, *Le centre perdu ...* op. cit., p. 17.

(8) Cf. à ce sujet R. Barny, *J.-J. Rousseau dans la Révolution française*, thèse Paris X, 1977, t. II, p. 164 et 165 ; Costa de Beauregard, *Souvenirs du Comte de Virieu*, Plon, 1911, p. 21 ; F. Descostes, *Mallet du Pan à Berne et à Londres d'après une correspondance inédite*, Mame, 1897, p. 4 ; J.-P. Petitfils, *Les idées politiques et sociales du Comte de Montlosier*, thèse Paris II, 1971, p. 7, 210 et 211.

régime représentatif, il en est sur lesquelles ils lui demeureront très durablement fidèles, notamment en matière religieuse.(9).

Dans cette perspective, les monarchiens ont fondé leur système politique sur une notion de contrat social tout à fait conforme à l'esprit du temps, mais très éloignée de Montesquieu pour qui "le désir de vivre en société... est une loi naturelle" (10). Ils n'ont pas hésité alors, dans un premier temps, à se rallier au principe de la souveraineté de la volonté générale. Mais assez vite, et sans renoncer pour autant à la conception d'un contrat social initial, ils furent amenés à rechercher un nouveau siège pour la souveraineté, envisageant un moment l'idée de souveraineté des propriétaires, avant d'adopter en définitive celle de souveraineté de la raison. Telle est l'évolution de leur doctrine qui sera étudiée ici. Mais il ne faut pas oublier que celle-ci est loin d'être aussi linéaire que cette description pourrait le laisser croire. C'est en effet la confrontation des événements révolutionnaires qui obligeait les monarchiens à expérimenter, en quelque sorte sur le tas, non sans peine et souvent dans l'improvisation, de nouvelles théories juridiques susceptibles de préserver leurs objectifs politiques : d'où leurs hésitations et leurs tâtonnements, avant d'aboutir à une solution qui leur paraissait plus satisfaisante. C'est pourquoi la présentation purement chronologique qui sera adoptée dans un souci de simplification, masque quelque peu une réalité beaucoup plus complexe, où les positions successives des monarchiens se superposent aussi dans une large mesure, à chaque moment de leur évolution.

I - LE CONTRAT SOCIAL

Les monarchiens font généralement reposer l'origine de la société politique sur un contrat social. Certains d'entre eux n'y mettaient peut-être pas beaucoup d'enthousiasme ; même les plus sceptiques accordaient tout au moins que "c'est la doctrine raisonnable qu'il faut accrédi-ter et défendre" (11). On ne trouve guère que Bergasse pour contester ouvertement dès 1789 cette idée dominante du XVIIIe siècle, et affirmer "que la société n'est pas l'ouvrage de notre volonté, qu'elle résulte immédiatement de l'existence et de la nature des facultés de l'homme" (12) ; cela ne l'empêchait d'ailleurs pas de continuer à défendre en même temps une conception de la souveraineté qui demeurait très proche de celle de Rousseau (13). Plus tard, Mallet du Pan prononcera aussi des condamnations rétroactives, éclairées par son expérience de la

(9) Cf. en particulier ainsi Lally-Tolendal, *Défense des émigrés français*, an V, t. II, p. 111 et 112 ; Mallet du Pan, *Mémoires et correspondance recueillis et mis en ordre par A. Sayous*, Amyot Cherbuliez, 1851, t. I, p. 56, 118 et 119 ; Mounier, *De l'influence attribuée aux philosophes aux francs-maçons et aux illuminés sur la Révolution*, 1801, p. 19. C'est jusqu'à l'évêque La Fare qui croit pouvoir s'y référer à cet égard : Cf. *Archives Parlementaires*, t. 12, 31 mars 1790, p. 503.

(10) Montesquieu, *De l'esprit des lois*, L. I, ch. 2.

(11) Malouet, *Correspondance avec les officiers municipaux de la ville de Riom*, lettre du 16 décembre 1788, p. 54.

(12) Bergasse, *Lettre sur les États Généraux*, 12 février 1789, p. 7.

(13) Cf. à ce sujet R. Barny, *J.-J. Rousseau dans la Révolution française*, op. cit., t. II, p. 165.

Révolution (14). Mais ce dernier semble avoir ainsi quelque peu renié ses positions initiales et demeurerait d'ailleurs isolé : la plupart de ses amis sont restés longtemps fidèles à cette notion de contrat social, sur laquelle ils s'étendront peut-être un peu moins qu'à leurs débuts, mais qui constituait toujours pour eux le fondement nécessaire des institutions, parce que "la société n'a pu commencer dans aucune société politique, que par le consentement unanime de tous ceux qui formaient l'association" (15). Mais si les monarchiens admettent le caractère fondateur du contrat social, ils en déforment dès le départ la signification classique, en insistant sur son ancienneté.

A - UN CONTRAT FONDATEUR

Ce caractère fondateur du contrat social détermine, pour les monarchiens, son objet et sa nature. Sur ces deux points, leurs idées demeurent tout à fait traditionnelles.

1° - L'objet du contrat social

L'objet du contrat social est double : il doit faire cesser l'état de nature qui régit primitivement les individus mais il doit le faire de telle sorte que soient entièrement garantis les droits que ceux-ci possédaient alors : "l'état de société résulte d'un contrat par lequel l'homme se donne tout entier à la société qui se voue tout entière à la conservation de celui qui s'est donné" (16).

L'idée que les individus se trouvent à l'origine dans un état de nature, où ils sont entièrement indépendants les uns des autres et où ils ne sont soumis à aucune obligation sociale, est très généralement admise par les monarchiens. On la trouve par exemple dès le début de la Révolution dans le projet de Constitution élaboré par Malouet (17), et elle sera encore présente dans la lettre que celui-ci publiera en 1797 sur la question coloniale (18). On doit ajouter que pour les monarchiens, l'état de nature n'est pas une simple hypothèse destinée à fonder logiquement les bases juridiques de la société. C'est une réalité véritable qui peut très bien être constatée, d'une part parce que les rapports des nations entre elles demeurent toujours soumis à cet état de nature (19), et d'autre part, parce qu'une éventuelle rupture du contrat social y ramènerait les citoyens eux-mêmes : cette dernière possibilité sera de plus en plus souvent évoquée par les monarchiens, au fur et à mesure du développement de la Révolution (20).

Si les individus abandonnent cet état de nature et décident par contrat de s'associer, c'est, pour les monarchiens comme dans la pensée dominante du XVIII^e siècle, pour assurer la garantie et la protection de leurs droits naturels,

(14) Cf. Mallet du Pan, *Correspondance politique pour servir à l'histoire du républicanisme français*, 1796, p. XIX.

(15) Mounier, *Adolphe, ou principes élémentaires de politique*, 1794, p. 33.

(16) Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée de la constitution française*, 1791, *Œuvres complètes*, an III, t. 4, p. 140.

(17) Cf. Malouet, *Collection des opinions*, 1791, t. I, p. 54.

(18) Cf. Malouet, *Collection des mémoires et correspondances officielles sur l'administration des colonies*, an X, t. V, p. 306.

(19) Cf. ainsi Clermont-Tonnerre, *Archives parlementaires*, t. 15, 18 mai 1790, p. 560.

(20) Cf. ci-dessous.

et assurer ainsi leur bonheur. Ces droits naturels consistent dans la liberté et la propriété ; non pas qu'ils se situent tous les deux sur le même plan -la liberté demeure pour les monarchiens le premier des droits- mais parce que la propriété en est le corollaire inéluctable, puisqu'elle est tout à la fois la condition de la sûreté (21) et la conséquence de la libre activité (22). C'est pourquoi, si les monarchiens n'étaient guère favorables à une déclaration des droits préalable à la Constitution, ils n'étaient nullement opposés par principe à toute déclaration des droits, et réclamaient seulement son incorporation dans le texte constitutionnel lui-même (23).

2° - La nature du contrat social

Ce contrat social fondateur est conçu par les monarchiens de façon très habituelle. C'est un véritable contrat qui suppose l'accord unanime de tous les associés : il faut "le consentement unanime de tous ceux qui forment l'association" (24). L'adhésion doit donc être volontaire, ce qui signifie, non seulement, que celui qui adhère au contrat le fasse volontairement, mais aussi que celle-ci soit acceptée par les autres membres de la collectivité sociale. Mais cette adhésion doit pouvoir être aussi retirée à tout moment, soit individuellement quand un citoyen décide de quitter l'association, soit collectivement, ce qui provoque alors la dissolution de cette association.

L'adhésion au contrat social doit donc être en même temps volontaire de la part de ceux qui adhèrent, et acceptée par les co-associés. Cette adhésion volontaire doit être présumée dans une société ancienne comme la France, pour toute personne qui vit sur le territoire national et qui ne manifeste par une intention contraire, car "l'état présumé de tout homme domicilié dans un pays est d'être citoyen" (25). Une polémique a opposé à ce sujet Clermont-Tonnerre qui réclamait que la citoyenneté soit reconnue aux Juifs, à La Fare, Évêque de Nancy et pourtant proche des monarchiens, qui le refusait. Mais s'il y avait divergence sur les applications, tous deux professaient en réalité le même principe : Clermont-Tonnerre arguait de la volonté des Juifs de faire partie de la nation française ; La Fare lui rétorquait leur souci de conserver leurs coutumes propres et par là de continuer à constituer une nation distincte, ou voyait tout au moins dans ces coutumes, une raison qui justifiait leur exclusion par la nation française elle-même (26). Il ne suffit pas, en effet, que des individus veuillent adhérer au contrat social pour devenir membres du corps politique. Il faut aussi qu'ils soient acceptés par les autres, notamment par les anciens adhérents dans un cas comme celui de la société française : d'où à cette fin, des lois qui fixent les conditions de la

(21) Cf. Clermont-Tonnerre, *Archives parlementaires*, t. 9, 23 octobre 1789, p. 496 et suivantes ; Mounier, *Recherches sur les causes qui ont empêché les Français de devenir libres*, 1792, t. I, p. 2 et 3.

(22) Cf. Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...* op. cit., p. 176 ; Montlosier, *Essai sur l'art de constituer les peuples*, 1790, p. 35 ; *Sur la loi contre les émigrations*, p. 12 et 13.

(23) Cf. Lally-Tolendal, *Archives parlementaires*, t. 8, 11 juillet 1789, p. 222 et 223 ; Malouet, idem, 1er août 1789, p. 322 et 323 ; Mounier, idem, 9 juillet 1789, p. 216, et 27 juillet 1789, p. 285.

(24) Mounier, *Adolphe...* op. cit., p. 33 ; Cf. aussi Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...* op. cit., p. 153.

(25) Clermont-Tonnerre, *Archives parlementaires*, t. 10, 23 décembre 1789, p. 756.

(26) Cf. *Archives parlementaires*, t. 10, 27 décembre 1789, p. 754 à 758.

naturalisation (27) ; d'où aussi, non seulement la possibilité d'écarter les Juifs, mais encore celle d'exclure les Noirs alors même qu'ils seraient affranchis, car rien ne saurait obliger les Français à assimiler des hommes d'une autre race (28).

De même qu'il faut un accord unanime pour conclure le contrat social, il faut aussi pour les monarchiens l'unanimité pour que celui-ci soit maintenu. Le désaccord a pour conséquence la rupture du contrat et le retour à l'état de nature, que ce désaccord soit collectif et entraîne la dissolution du corps social tout entier, ou qu'il soit individuel et ne provoque qu'une rupture entre la nation et certains citoyens.

La première hypothèse est la plus classique, ou tout au moins la plus conforme au système de Rousseau, auquel les monarchiens, et spécialement Clermont-Tonnerre, prennent un malin plaisir à se référer à ce sujet. S'il n'existe plus d'intérêt commun entre toutes les parties du corps social (29), si la majorité impose tyranniquement sa volonté particulière à la minorité (30), ou même encore si le gouvernement viole les clauses du contrat (31), le pacte social est rompu, la société politique dissoute et l'État de nature rétabli. Ceci vaut notamment dans les relations entre la métropole et ses colonies, quand la première prétend maintenir sa domination sur les secondes, grâce à sa prépondérance numérique, alors que la différence de situation a en réalité distendu leur communauté d'intérêt : c'est ce qui s'est déjà produit entre les États-Unis et la Grande-Bretagne (32) ; mais c'est aussi ce qui pourrait arriver entre les planteurs des Antilles et la France (33). Le même type d'argument sera encore utilisé plus tard par Lally-Tolendal dans sa défense des émigrés : ceux-ci se sont trouvés déliés de toute obligation à l'égard d'une patrie qui a provoqué "la dissolution de l'État civil" (34) en les persécutant.

Les monarchiens vont plus loin encore. Ils insistent sur le droit discrétionnaire, pour tout individu ou pour tout groupe d'individus, de se retirer quand bon lui semble de l'association politique, car "l'homme conserve le droit de renoncer au contrat social" (35). C'est pourquoi, ainsi que le précisera clairement l'article 22 de la déclaration des droits présentée par Mounier, "tous les hommes ont le droit de quitter l'État dans lequel ils sont nés, et de se choisir une autre patrie" (36). Pourtant, sans oser contester de front le principe, Malouet s'est trouvé un peu embarrassé, quand il s'est agi de reconnaître aux avignonnais le droit de faire sécession des États pontificaux.

(27) Cf. Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 4 septembre 1789, p. 556.

(28) Cf. Malouet, *Mémoire sur l'esclavage des nègres, Collection des mémoires et correspondances officielles* ..., op. cit., t. V, p. 52. Mais il lui arrivera aussi d'exprimer des conceptions plus nuancées : Cf. *Opinion sur la législation des colonies*, idem, t. V, p. 214 en note.

(29) Cf. ainsi Clermont-Tonnerre, *Archives parlementaires*, t. 25, 11 mai 1791, p. 743.

(30) Cf. ainsi Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit. p. 154.

(31) Cf. ainsi Clermont-Tonnerre, *Opinion sur la demande des Brabançons, Oeuvres Complètes*, t. III, p. 145.

(32) Cf. G. Lally-Tolendal, *Archives parlementaires*, t. 8, 11 juillet 1789, p. 222 ; Mounier, idem, 5 septembre 1789, p. 587.

(33) Cf. Clermont-Tonnerre, *Archives parlementaires*, t. 25, 11 mai 1791, p. 744 ; Malouet, idem, t. 31, 24 septembre 1791, p. 297 et 298.

(34) Lally-Tolendal, *Défense des émigrés français*, op. cit., t. I, p. 74 en note.

(35) Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 146.

(36) Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 27 juillet 1789, p. 285.

Il commence par exprimer des doutes sur leur liberté d'expression et l'authenticité de leur volonté (37) ; mais c'est finalement le principe lui-même qu'il met en cause, soudainement, pris de vertige devant les conséquences qu'il croit pouvoir en déduire :

"Chaque portion de l'État peut-elle, à volonté, s'en détacher ? Cette subdivision d'une grande société en petites sociétés indépendantes, rentre parfaitement dans les principes du droit naturel : la théorie en est incontestable ; mais la pratique convertirait l'Europe en un théâtre de sang et de carnage, et nous conduirait, non seulement à la souveraineté de chaque province, ville, bourg ou village qui voudrait se détacher du corps social, mais même à la souveraineté de chaque individu, qui se croirait quelques instants indépendant de ses voisins". (38).

Dès lors, Malouet est amené à restreindre considérablement la portée de ce principe ; et sans vouloir condamner absolument tout droit de sécession, il le réduit à bien peu de choses, en tout cas à quelque chose qui n'a plus guère de rapport avec un droit discrétionnaire de rupture du contrat social :

"Si les habitants d'Avignon, paisiblement assemblés, avaient délibéré, après mûre réflexion, de cesser d'être sujets du pape et de se reconnaître sujets de l'empire français, cette délibération ne serait légale et juste qu'autant qu'elle serait la suite d'une violation de leurs droits par le prince qui les gouverne et des représentations infructueuses qu'ils auraient faites pour obtenir le redressement de leurs griefs (...). Il faut bien reconnaître comme principe inviolable de l'ordre public, que le prince, dans une monarchie, tant qu'il observe les lois, a des droits sacrés à la fidélité des sujets, comme ceux-ci en ont à sa protection et à sa justice" (39).

Pendant on trouve aussi à l'inverse, à la marge du parti monarchien, une opinion bien conforme au caractère de son auteur -et très éloignée des conceptions organicistes et corporatives que celui-ci soutiendra beaucoup plus tard (40)- qui n'hésite pas à admettre sans réserves le droit de rompre librement le contrat social et à le pousser jusqu'à ses conséquences les plus anarchiques. Montlosier considère en effet, non seulement que "tout homme a le droit en tout temps de quitter l'association" (41), mais encore que "tout homme poursuivi par la force publique a le droit de lui échapper s'il le peut ; mais dès ce moment, le pacte social est rompu pour lui ; il ne fait plus partie de la société" (42). Autrement dit, pour Montlosier, toute violation des lois, au-delà d'un certain seuil de gravité, signifie automatiquement dénonciation du contrat social et retour à l'état de guerre entre l'individu coupable et la société qui souhaite l'arrêter ou le condamner. On retrouve l'idée de Rousseau (43), qui a permis de dire que pour ce dernier, le contrat social doit être renouvelé à chaque instant par une adhésion sans

(37) C'est aussi l'attitude de Clermont-Tonnerre ; mais celui-ci ne va pas au-delà : Cf. Clermont-Tonnerre, *Oeuvres complètes*, t. III, p. 153 et suivantes ; t. IV, p. 415 et suivantes.

(38) Malouet, *Opinion sur l'affaire d'Avignon*, *Collection des opinions*, op. cit., t. II, p. 134 ; Cf. aussi *Archives parlementaires*, t. 23, 5 mars 1791, p. 687.

(39) Malouet, *Archives parlementaires*, t. 18, 27 août 1790, p. 371. Il sera ensuite moins restrictif : Cf. idem, t. 23, 5 mars 1791, p. 687.

(40) Cf. Montlosier, *Des mystères de la vie humaine*, 2e éd., 1833, t. II, p. 106 et suivantes.

(41) Montlosier, *Essai sur l'art de constituer les peuples*, op. cit., p. 245 ; Cf. aussi, p. 40.

(42) Montlosier, *Essai sur l'art de constituer les peuples*, op. cit., p. 244 ; Cf. aussi p. 39.

(43) Rousseau, *Du Contrat social*, L. II, ch. V.

cesse prorogée à l'ordre politique établi (44). Mais acceptée ici jusqu'au bout de sa logique, elle permet de dépasser le célèbre paradoxe de Rousseau, selon lequel la contrainte exercée par la société sur l'un de ses membres "ne signifie autre chose sinon qu'on le forcera d'être libre" (45) - paradoxe inacceptable pour Montlosier, car pour lui "tout homme s'appartenant essentiellement à lui-même avant tout, nul ne peut être tenu de livrer sa liberté ou sa vie" (46).

B - UN CONTRAT ANCIEN

Les monarchiens ont donc en général largement utilisé la notion de contrat social. Celle-ci leur paraissait nécessaire pour assurer les fondements des institutions politiques dont ils souhaitaient l'établissement. En outre, quand ils se virent relégués dans l'opposition, ils en firent un moyen de chantage qui laissait miroiter la menace d'une rupture du contrat et d'un retour à l'état de nature. Si, finalement, ils semblent par la suite avoir beaucoup plus négligé cette notion, ils n'y ont pourtant jamais entièrement renoncé. Mais si certains, comme on l'a vu avec Montlosier, n'hésitent pas à dépasser même Rousseau sur ce terrain, il n'en reste pas moins que les monarchiens se singularisent dès l'origine en soulignant lourdement que ce contrat fondateur est aussi un contrat ancien. Dès lors, celui-ci devient pour eux un argument qui, loin de les mettre en harmonie de pensée avec les patriotes et le mouvement révolutionnaire, constituait un moyen de résistance et d'opposition au cours de la Révolution.

Les monarchiens vont en effet sans cesse répétant que la France de 1789 ne constitue pas une société nouvelle, car "les Français ne sont pas un peuple nouveau sorti récemment du fond des forêts, pour former une association" (47), et qu'il ne faut pas la confondre à cet égard avec la jeune république américaine tout juste issue de la guerre d'indépendance, car "la différence est énorme" (48). Mounier précisera ainsi plus tard qu'"au lieu de parler du consentement du peuple, il serait plus exact de parler de celui des premiers fondateurs du corps social" (49) ; et il pourra alors en déduire qu'"il n'y a aucun rapport entre l'origine de la souveraineté chez une nation nouvelle, et la souveraineté établie chez une ancienne nation" (50). Les monarchiens n'auraient sans doute pas encore osé avancer une conclusion aussi abrupte au tout début de la Révolution. Mais il n'en reste pas moins

(44) Cf. J. Dehaussy, *La dialectique de la souveraineté-liberté dans le Contrat Social*, Publications de l'Université de Dijon, 1964, p. 132.

(45) Rousseau, *Du Contrat social*, L. I, ch. VII.

(46) Montlosier, *Essai sur l'art de constituer les peuples*, op. cit., p. 244.

(47) Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 9 juillet 1789, p. 215. Cf. aussi Malouet, idem, 15 juin 1789, p. 119.

(48) Lally-Tolendal, *Archives parlementaires*, t. 8, 11 juillet 1789, p. 222. Cf. aussi, idem, 31 août 1789, p. 518 ; Malouet, idem, 1er août 1789, p. 322 ; Mounier, idem, 12 août 1789, p. 415, et 5 septembre 1789, p. 587.

(49) Mounier, *Adolphe...*, op. cit., p. 34. On doit remarquer cependant qu'il arrive à Lally-Tolendal de considérer que la déclaration de 1789 (Cf. *Archives parlementaires*, t. 8, 11.7.1789, p. 223), ou la Constitution de 1791 (Cf. *Défense des émigrés français*, op. cit., t. I, p. 75 à 78), constituent un nouveau contrat social. Mais il semble que cela demeure essentiellement pour lui une hypothèse d'école, destinée à entrer un moment dans l'argumentation de ses adversaires (Cf. en particulier ainsi, *Défense des émigrés français*, p. 84).

(50) Mounier, *Adolphe...* op. cit., p. 34.

que l'ancienneté du contrat social impliquait pour eux, dès cette époque, d'une part la préexistence des institutions politiques, et d'autre part, une évolution considérable de la France depuis sa première formation.

1° - La préexistence des institutions

Les monarchiens et leurs proches s'accordaient en 1789 pour dire que la France possédait déjà depuis longtemps certaines institutions, à savoir au moins, une dynastie acceptée par la nation depuis huit cents ans et les lois fondamentales du royaume. Ils s'accordaient aussi pour dire qu'aucune institution établie par les générations passées ne liait irrévocablement la génération présente ; mais ils insistaient en même temps sur le fait qu'aucune de ces institutions anciennes -et tout particulièrement la monarchie- ne pouvait être abolie sans que la nation en ait expressément manifesté la volonté à ses représentants (51). Par contre, les monarchiens étaient divisés en ce qui concerne la portée juridique de ces institutions antérieures et le rôle qu'elles devaient jouer dans l'élaboration des institutions nouvelles.

Mounier considérait dans ses *Nouvelles observations sur les États Généraux* que, s'il existait bien déjà certaines institutions, il n'y avait pas de Constitution et pas même de "véritables lois, car des décisions passagères, qui changent au gré des ministres et dont la plupart ne sont pas exécutées, ne sauraient mériter ce nom" (52). Aussi pensait-il qu'il s'agissait de doter la France d'une première Constitution et que celle-ci ne pouvait donc résulter que d'une délibération par tête, tous ordres confondus, sans qu'aucun pouvoir institué ne puisse exercer de veto, car "un peuple qui n'a point de Constitution et qui en désire une, doit, pour la former, se réunir en corps de Nation, au moins par ses représentants" (53). Ce sera exactement le point de vue qu'il exposera encore le 9 juillet en présentant son plan de travail sur la Constitution (54). Mais à cette conception s'opposait celle de la Luzerne dans l'ouvrage qu'il fit distribuer aux députés le 11 mai, *Sur la forme d'opiner aux États généraux*. Celui-ci considérait en effet à l'inverse, que les institutions antérieures de la France constituaient déjà une Constitution, et qu'il s'agissait seulement de la réviser pour l'améliorer. Dans cette perspective, les États généraux n'intervenaient pas comme pouvoir constituant originaire, souverain dans le cadre des mandats accordés par la nation à ses représentants, mais comme un simple pouvoir institué, soumis lui-même aux règles constitutionnelles antérieures qui le régissent, même quand il s'agit de réviser la Constitution (55).

Pour surmonter cette opposition, Mounier va élaborer un compromis, qu'il présente pour la première fois au début du mois d'août dans ses *Considérations sur les gouvernements* (56), et qu'il exposera à plusieurs reprises devant l'Assemblée (57). Mais le moins qu'on puisse dire, c'est que

(51) Cf. en particulier ainsi Lally-Tolendal, *Archives parlementaires*, t. 8, 31 août 1789, p. 514 et 515.

(52) Mounier, *Nouvelles observations ...*, op. cit. p. 185.

(53) Mounier, *Nouvelles observations ...*, op. cit., p. 249.

(54) Cf. Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 9 juillet 1789, p. 214 et 215.

(55) Cf. La Luzerne, *Sur la forme d'opiner aux États généraux*, 1789, p. 50 à 57.

(56) Cf. Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 12 août 1789, p. 415.

(57) Cf. Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 31 août, 4 et 5 septembre 1789, respectivement p. 523, 562 et 587 ; Cf. aussi Malouet, idem, 1er septembre 1789, p. 537.

celui-ci est bien alambiqué et manque singulièrement de cohérence. Mounier maintenait en effet que la Constitution n'avait pas à être soumise à la sanction du roi comme une loi ordinaire, car "le roi n'aurait pas le droit de s'opposer à l'établissement de la Constitution" ; mais il ajoutait en même temps qu'"il faut cependant qu'il signe et ratifie la Constitution pour lui et ses successeurs", et même qu'"étant intéressé aux dispositions qu'elle renferme, il pourrait exiger des changements" ; et il précisait finalement que "s'ils étaient contraires à la liberté publique", l'Assemblée pourrait recourir à ses commettants, "car la nation a certainement le droit d'employer tous les moyens nécessaires pour devenir libre" (58).

A vrai dire, cette tentative embarrassée ne constituait pas seulement un compromis entre la position de Mounier et celle de La Luzerne. C'était aussi un compromis entre la position initiale de Mounier, soucieux avant tout de faire admettre le pouvoir constituant de la nation, et son souci nouveau, face à la tournure prise par les événements révolutionnaires, de restaurer l'autorité du roi et d'affirmer la force de l'exécutif. Si d'ailleurs, il essayait encore de concilier ces deux sentiments opposés pendant l'été 1789, il se ralliera entièrement au point de vue de La Luzerne après les journées d'octobre. Mounier laissera même entendre un peu plus tard que telle avait toujours été son opinion -ce qui est manifestement faux-, et que s'il s'était un moment écarté "des vrais principes" -ce qu'il regrettaît amèrement-, ce n'était que pour essayer de rallier "les factieux" du "parti démocratique". Quoiqu'il en soit, il soutiendra désormais sans réserve que "les États généraux n'existaient que d'après un acte de la puissance du roi. Leurs délibérations ne pouvaient avoir aucun effet sans son libre consentement. Ainsi, tous les députés royalistes auraient dû reconnaître, sans restriction quelconque, la nécessité du libre consentement du roi, même pour les arrêtés relatifs à la Constitution" (59).

Ainsi, assez vite après les premières expériences de la Révolution, l'unité des monarchiens un instant compromise était rétablie sur ce point. L'idée qu'il existait depuis longtemps des institutions politiques, et qu'il s'agissait seulement de les améliorer selon une procédure qu'elles avaient elles-mêmes définie, s'imposait (60). Ce n'était donc pas le pouvoir constituant originaire de la nation, qui se perd dans la nuit des temps, qu'il fallait mettre en œuvre, pour doter la France d'un régime de liberté, mais un pouvoir déjà institué, exercé par des organes représentatifs, dans les limites de leurs compétences et selon une procédure préétablie. Les monarchiens trouvaient donc dans l'ancienneté de ce contrat social dont ils ne contestaient pas le principe, un premier moyen de se démarquer de la politique suivie par les patriotes. Mais cette ancienneté leur fournissait aussi un second argument qui les éloignait encore beaucoup plus de leurs adversaires : c'est celui de l'évolution de la société depuis la conclusion de ce contrat.

(58) Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 31 août 1789, p. 523.

(59) Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. II, p. 78 et 79 en note.

(60) Cf. en particulier ainsi, dès la fin de 1789 : Lally-Tolendal, *Seconde lettre à ses commettants*, 30 décembre 1789, p. 108 et 109 ; ou encore beaucoup plus tard dans les mémoires qu'il rédigea en 1808 : Malouet, *Mémoires*, Plon, 2e éd., 1874, t. I, p. 250 et 251.

2° - L'évolution de la société

Depuis cette lointaine conclusion du contrat social, cet "acte primitif par lequel un peuple est un peuple" (61), la société française a considérablement évolué, et il n'est ni possible ni souhaitable de revenir à la situation initiale. Les monarchiens n'ignorent pas "l'anathème prononcé par Rousseau contre le vieillissement des nations" (62). Mais s'ils s'en remettent à l'autorité de celui-ci quant à cette impossibilité de tout retour en arrière (63), ils ne partagent pas avec lui ses regrets et son pessimisme à cet égard ; ils lui en veulent au contraire, comme la grande majorité de leurs contemporains, "d'avoir préféré la féroce indépendance des sauvages aux bienfaits de la civilisation" (64).

Il est vrai que les monarchiens critiquent souvent aussi "le spectacle du luxe et de l'opulence" (65), voire "la dégénération morale où les peuples modernes sont arrivés" (66). Dans cette perspective, ils loueront toujours au contraire Rousseau, quand "il dépeint les ravages du luxe, les maux que causent la frivolité du grand monde, le mauvais usage des richesses et les sophismes des philosophes" (67). C'est qu'ils n'aiment pas beaucoup la fortune mobilière, trop facilement acquise, trop ostentatoire et trop facilement dilapidée ; ils lui préfèrent la fortune foncière, fruit du travail de nombreuses générations et gage de stabilité politique. Appuyée sur cette dernière, la différenciation croissante des situations individuelles par rapport à l'égalité primitive, leur paraît la conséquence inéluctable de la liberté et de la propriété ; mais elle leur paraît aussi la condition première du progrès et du bonheur social. Il faut certes en empêcher les excès, générateurs de corruption (68) ; mais il faut aussi en accepter toutes les conséquences politiques (69), tant que les distinctions sociales demeurent "fondées sur l'utilité commune", ainsi que le dira l'article premier de la Déclaration de 1789, exactement dans les mêmes termes que le projet qui avait été présenté par Mounier (70).

Les monarchiens admettent qu'il existait une égalité réelle entre les hommes, au moment initial où ils se sont constitués en société politique. Ils reconnaissent même aussi que cette égalité règne toujours largement entre les citoyens d'une nation encore nouvelle comme les États-Unis (71). Mais, pour eux, dans une société vieillie comme la France, "le commun des hommes ne peut prétendre à l'égalité que devant la loi ; car la nature ne partage pas

(61) Lally-Tolendal, *Défense des émigrés français*, op. cit., t. I, p. 77.

(62) Clermont-Tonnerre, *Archives parlementaires*, t. 23, 25 février 1791, p. 522.

(63) Cf. en particulier Mallet du Pan, *Mercure de France*, 27 novembre 1790, p. 297.

(64) Mounier, *De l'influence attribuée aux philosophes...* op. cit., p. 19 ; Cf. aussi Adolphe... op. cit., p. 14.

(65) Malouet, *Archives parlementaires*, t. 8, 1er août 1789, p. 312 ; Cf. aussi, idem., t. 31, 24 septembre 1791, p. 295 ; *Lettres au comité de Constitution, Mémoires*, op. cit., t. II, p. 178.

(66) Mallet du Pan, *Mercure de France*, 27 novembre 1790, p. 297. Cf. aussi Montlosier, *Archives parlementaires*, t. II, 23 février 1790, p. 678.

(67) Mounier, *De l'influence attribuée aux philosophes...* op. cit., p. 19.

(68) Cf. Malouet, *Archives parlementaires*, t. 8, 1er avril 1789, p. 323, *Lettre à ses commettants*, 13 mai 1790, *Collection des opinions*, op. cit., t. II, p. 44 ; Mounier, Adolphe... op. cit., p. 21.

(69) Cf. en particulier ainsi Malouet, *Lettre à ses commettants*, op. cit., p. 37 à 42.

(70) Cf. Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 27 juillet 1789, p. 285.

(71) Cf. ainsi Malouet, *Archives parlementaires*, t. 8, 1er août 1789, p. 322 ; Lally-Tolendal, idem, 31 août 1789, p. 518.

également tous les hommes et la société, l'éducation, l'industrie accroissent et multiplient les différences" (72). Si une égalité absolue pouvait être rétablie - ce qui est de toute façon hors de portée de tout gouvernement (73)- "on serait revenu aux combinaisons de l'état social primitif, très différent du nôtre ; car cette égalité n'existe que dans le premier moment où un nombre d'hommes se réunissent pour partager un terrain libre et vivre fédérativement sous une police commune. Dès la seconde génération, l'égalité des moyens est détruite, et celle des droits altérée ; mais dans une grande et ancienne nation, l'inégalité des conditions est aussi naturelle que la parité de droits primitifs" (74).

C'est dans cette perspective que les monarchiens se sont opposés, si ce n'est à toute déclaration des droits (75), tout au moins à une déclaration des droits préalable et séparée du texte constitutionnel, qui aurait proclamé les droits naturels dans l'absolu, sans relativiser leur portée en les rapprochant des droits positifs consacrés dans la Constitution (76). Mounier expliquera notamment plus tard qu'il était d'accord avec la formule "les hommes naissent égaux en droit", mais qu'il s'était vainement opposé à ce qu'il soit précisé qu'ils le "demeurent" (77). Pour lui en effet, comme pour ses amis politiques, "le maintien de l'ordre public exige une diversité de prérogatives ou de droits" (78), et il est dangereux "de prononcer d'une manière absolue aux hommes souffrants, aux hommes dépourvus de lumières et de moyens, qu'ils sont égaux en droit aux plus puissants, aux plus fortunés" (79) ; il ne faut jamais oublier "la différence ineffaçable de celle du riche à celle du pauvre" et "la nécessité d'une échelle de subordination morale d'une classe, d'une profession à une autre" (80).

Cette inégalité inéluctable des conditions sociales, dans une nation ancienne et développée comme la France, exclut l'égalité politique. Celle-ci impliquerait en effet pour les monarchiens -indépendamment même de la question de l'étendue du territoire et de la population- "une marche rétrograde de vingt siècles", car elle n'est possible que "dans l'enfance des institutions politiques" (81). Tant qu'il règne une certaine identité de richesses, on peut se permettre d'établir une influence égale de chaque citoyen sur la chose publique ; mais très vite, toute tentative pour la maintenir, même par le

(72) Malouet, *Archives parlementaires*, t. 29, 8 août 1791, p. 275 ; Cf. aussi Mallet du Pan, *Correspondance politique...* op. cit., p. XV.

(73) Cf. ainsi Mounier, *Nouvelles observations* ...,op. cit., p. 209.

(74) Malouet, *Lettre à ses commettants*, op. cit., t. II, p. 44 ; Cf. aussi Mallet du Pan, *Mercure de France*, 14 janvier 1792, p. 41 à 55.

(75) Cf. cependant ainsi Champion de Cicé et La Luzerne, *Archives parlementaires*, t. 8, 1er août 1789, p. 322.

(76) Cf. en particulier ainsi Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 9 juillet 1789, p. 216 ; Lally-Tolendal, idem, 11 juillet 1789, p. 222 et 223 ; Malouet, idem, 1er août 1789, p. 322 et 323.

(77) Cf. Mounier, *Exposé de ma conduite dans l'Assemblée nationale et motifs de mon retour en Dauphiné*, 1789, p. 33. Les *Archives parlementaires* n'ont conservé aucune trace de cette opposition et laissent plutôt penser que Mounier est au contraire à l'origine de cette précision qu'il contestera ensuite : Cf. *Archives parlementaires*, t. 8, 20 août 1789, p. 463.

(78) Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. II, p. 152 ; Cf. aussi Bergasse, *Observations sur le préjugé de la noblesse héréditaire*, 1789, p. 32.

(79) Malouet, *Archives parlementaires*, t. 8, 1er août 1789, p. 323.

(80) Malouet, *Archives parlementaires*, t. 29, 8 août 1791, p. 275. Cf. aussi idem, t. 25, 2 mai 1791, p. 499 en note, et t. 26, 14 mai 1791, p. 73 ; Bergasse, *Observations sur le préjugé...* op. cit., p. 33.

(81) Malouet, *Archives parlementaires*, t. 29, 8 août 1791, p. 264 et 275.

biais d'institutions représentatives, devient un leurre ou même, un risque qui la voue à l'échec. "Si les fortunes sont inégales, les pauvres seront forcés d'abandonner le soin des affaires publiques ; et sans leur conserver aucune influence, les riches s'empareront du gouvernement" (82) ; ou bien à l'inverse -perspective qui paraîtra bientôt autrement plus menaçante pour les monarchiens- "si les non-propriétaires ont une influence dans le gouvernement, comme ils excèdent toujours le nombre des propriétaires, ils pourront détruire la propriété ; et alors la société n'aura plus garanti les droits civils" (83). C'est pourquoi, de façon générale, "l'Europe actuelle exclut toute possibilité d'une démocratie directe ou par représentation" (84) ; même les États-Unis seront progressivement contraints d'y renoncer, au fur et à mesure de l'expansion de leur population et de leur commerce (85).

Dans ces conditions, les monarchiens ont beau maintenir fermement le principe d'une égalité de droits, on peut cependant se demander s'ils n'ont pas finalement abandonné la conception agrégative de la société qui triomphait sous la Révolution, pour adopter déjà la conception organiciste qui sera bientôt mise à l'honneur par les auteurs réactionnaires et même par Montlosier (86) : cette dernière envisage la collectivité politique, non plus comme un regroupement volontaire d'individus essentiellement identiques, mais comme un vaste organisme dont les membres occupent des fonctions différenciées et complémentaires, nécessaires à la vie de l'ensemble. Cette interrogation semble parfaitement justifiée, quand on voit un Malouet affirmer par exemple qu'"il s'établit donc naturellement dans toutes les sociétés une classe dirigeante par ses opinions" (87), ou encore que les propriétaires "ne sont pas la société tout entière ; mais ils sont le tronc et la racine qui doivent alimenter et diriger les branches" (88). Sans doute, trouve-t-on à ce sujet chez les monarchiens tous les éléments d'une transition entre la pensée du XVIII^e siècle et celle du XIX^e. Pourtant, on doit remarquer qu'il existe au moins deux éléments qui empêchent de conclure qu'ils avaient déjà franchi ce pas à la fin de la période révolutionnaire.

Le premier, c'est leur attachement viscéral à la mobilité sociale, qui fut la raison décisive de leur participation initiale au déclenchement de la Révolution : les monarchiens veulent une grande différenciation sociale, mais ils ont en haine toutes les formes de privilèges qui figent définitivement les situations personnelles (89). Ils peuvent donc prendre de haut "cette objection misérable de l'aristocratie des richesses" (90) qui était faite à leur politique, puisqu'au contraire, selon celle-ci, "les citoyens de toutes les classes peuvent être admis à toutes les charges et emplois", comme l'indiquait déjà le projet présenté par Mounier le 27 juillet 1789 (91). Il est vrai qu'ils subordonneront de plus en plus cette admissibilité, à une "capacité" qui se

(82) Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 12 août 1789, p. 409.

(83) Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 265.

(84) Mallet du Pan, *Correspondance politique...*, op. cit., p. XV.

(85) Cf. Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. II, p. 198.

(86) Cf. Montlosier, *Des mystères de la vie humaine*, op. cit.

(87) Malouet, *Lettre à ses commettants*, op. cit., p. 42.

(88) Malouet, *Archives parlementaires*, t. 29, 8 août 1791, p. 276.

(89) Cf. en particulier à ce sujet R. Griffiths, *Le Centre perdu...* op. cit. p. 243 et 244.

(90) Malouet, *Lettre à ses commettants*, op. cit., p. 42.

(91) Cf. Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 27 juillet 1789, p. 286.

mesure en argent (92) ; mais ils ne doutaient pas, tout au moins au commencement de la Révolution, que chacun pût facilement atteindre par son travail, la richesse exigée (93). Bergasse résumait bien leurs idées sur ce point, quand il disait qu' :

"il faut des dignités, des rangs dans une monarchie ; mais des dignités, des rangs qui soient accessibles au mérite, partout où il pourra se trouver ; mais des dignités, des rangs qui ne puissent heurter la liberté commune, en devenant trop exclusivement l'apanage d'un petit nombre de citoyens" (94).

Le second élément qui interdit d'assimiler les monarchiens aux théories organicistes, c'est -à l'exception de Bergasse, qui ne les a jamais admises, et abstraction faite de l'évolution ultérieure de Montlosier- la fidélité durable de la plupart d'entre eux aux notions d'état de nature et de contrat social, comme fondements nécessaires de la cité (95). Pour eux, toutes les inégalités et toute la diversité sociales, quelle que puisse être devenue aujourd'hui leur ampleur, continuent à reposer en définitive sur la volonté par nature essentiellement égale de chaque membre de la collectivité politique, qui les a acceptées en s'associant. La curieuse tentative de Malouet en 1791 pour perpétuer, en l'adaptant aux réalités du moment, l'aspect contractuel de la nation, est très significative de cette tournure d'esprit. Celui-ci part du constat qu'on ne peut plus "sans dissoudre la société, aligner tous les droits sur le droit naturel et primitif de l'homme social" ; mais il ne craint pas pour autant une rupture du lien politique, malgré les progrès de la civilisation et la diversification croissante des situations individuelles, car le pacte égalitaire initial est peu à peu remplacé par une "convention nouvelle qui détruit l'autre en fait et en droit" (96). Par celle-ci, les riches s'engagent à assurer aux pauvres la subsistance et la protection des institutions, en échange de leur travail et de la sûreté des propriétés. Non seulement ce contrat nouveau -ou, plutôt, le faisceau constitué par la multiplicité des contrats qui se forment chaque jour de cette façon- stipule le maintien d'une stricte égalité de tous devant la loi, mais il suppose encore implicitement une égalité juridique essentielle de tous les contractants, pour qu'ils puissent s'engager ainsi et former une volonté commune.

(92) Cf. en particulier ainsi Mounier, *Exposé de ma conduite* op. cit., p. 33 et 34.

(93) Cf. ainsi Lally-Tolendal, *Archives parlementaires*, t. 8, 31 août 1789, p. 519 ; Mounier, idem, 4 sept. 1789, p. 556 ; Malouet, *Lettre à ses commettants*, op. cit., t. II, p. 42. Cf. aussi dans une moindre mesure, Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 266 ; Montlosier, *Essai sur l'art de constituer les peuples*, op. cit., p. 193 et 274 ; Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. II, p. 137 et 138.

(94) Bergasse, *Archives parlementaires*, t. 8, 15 juin 1789, p.116; Cf. aussi *Observations sur le préjugé...*, op. cit., p. 32 et 33 ; Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 201 et suivantes.

(95) Cf. en particulier ainsi Lally-Tolendal, *Défense des émigrés français*, op. cit., t. I, p. 75 et 84 ; Malouet, *Collection des mémoires et correspondances officielles...*, op. cit., t. V, p. 306 ; Mounier, *Adolphe...*, op. cit., ch. III et V ; *De l'influence attribuée aux philosophes...*, op. cit., p. 46. Cf. cependant dans le sens contraire Mallet du Pan, *Correspondance politique*, op. cit., p. XIX.

(96) Malouet, *Lettres au comité de Constitution*, op. cit., p. 178.

II - LA VOLONTÉ GÉNÉRALE

En s'associant, les citoyens génèrent une volonté commune : "la volonté générale, qui est la véritable et souveraine puissance" (97). Pour les monarchiens, en effet, "la réunion des volontés composant la souveraineté politique, le principe de tout pouvoir réside essentiellement dans l'association" (98). C'est pourquoi Malouet n'hésitait pas à reconnaître, comme la majorité des constituants, que "la souveraineté réside dans la nation" (99). Il est vrai que Mounier avait, dès le début de la Révolution, sérieusement nuancé ces affirmations en soutenant que c'est seulement "le principe de toute souveraineté" qui réside dans la nation (100) ; et il était d'ailleurs parvenu à faire entériner son point de vue à l'article 3 de la Déclaration de 1789 (101). Malouet restera lui-même plus longtemps fidèle à "l'axiome que la souveraineté réside dans le peuple" (102) ; mais il finira lui aussi par se rallier à la formulation de Mounier, et même par mettre en garde contre ces "deux abstractions" que sont la souveraineté du peuple et la volonté générale (103). C'est jusqu'à Clermont-Tonnerre, qui pourtant de tous les monarchiens avait de loin fait le plus grand usage de la notion de volonté générale, qui en viendra à cette conception (104).

Mais ces formules restrictives signifiaient surtout pour les monarchiens qu'"il n'a jamais existé de nation souveraine, c'est-à-dire, de nation dont le plus grand nombre des individus possèdent en corps la réunion de tous les pouvoirs" (105). Elles n'impliquaient donc qu'une condamnation de la démocratie, entendue à la manière de Rousseau. Elles n'empêchaient donc pas Mounier de continuer à admettre encore en 1792, que "la souveraineté a dû émaner dans son origine, du consentement exprès ou tacite de la nation" (106). Cependant, celui-ci s'en prendra alors à "ceux qui propageaient ces absurdes maximes" de Rousseau, selon lesquelles, en particulier, "la volonté générale était la loi" (107), oubliant que, non seulement ses amis politiques, mais lui aussi personnellement, s'était rendu coupable de cette erreur, dans le projet de déclaration des droits présenté au nom du comité de Constitution (108). Mais il ne reniait pas, tout au moins, que "toute autorité émane de la nation" (109) ; on peut même penser qu'il serait allé jusqu'à soutenir encore dans une certaine mesure, comme il le

(97) Malouet, *Discours à l'assemblée du Tiers État de la sénéchaussée d'Auvergne*, Collection des opinions, op. cit., t. I, p. 10.

(98) Montlosier, *Essai sur l'art de constituer les peuples*, op. cit., p. 243.

(99) Malouet, *Archives parlementaires*, t. 8, 1^{er} septembre 1789, p. 535.

(100) Cf. Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 27 juillet 1789, p. 285 ; Cf. aussi, idem, t. 8, 4 septembre 1789, p. 555 et 560 ; t. 9, 23 septembre 1789, p. 123.

(101) Cf. *Archives parlementaires*, t. 8, 21 août 1789, p. 463.

(102) Malouet, *Archives parlementaires*, t. 18, 27 août 1790, p. 370.

(103) Cf. Malouet, *Archives parlementaires*, t. 29, 8 août 1791, p. 264, 275 et 277.

(104) Cf. Clermont-Tonnerre, *Archives parlementaires*, t. 15, p. 561 ; *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 147.

(105) Mounier, *Recherches sur les causes*, op. cit., t. II, p. 157.

(106) Mounier, *Recherches sur les causes*, op. cit., t. II, p. 156.

(107) Mounier, *Recherches sur les causes*, op. cit., t. II, p. 155.

(108) Cf. Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 27 juillet 1789, p. 285.

(109) Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 12 août 1789, p. 410.

faisait en 1789, que de "véritables lois" doivent néanmoins être "signe de la volonté générale" (110).

Quoiqu'il ait pu être exactement l'évolution ultérieure de Mounier, il est certain qu'il fallait pour les monarchiens, au moins au commencement de la Révolution, pour que les lois soient ce signe de la volonté générale, que celles-ci soient générales à la fois dans leur source et dans leur objet ; c'est-à-dire, exactement comme pour Rousseau, qu'elles émanent de la collectivité et qu'elles la régissent elle-même tout entière (111). Le second de ces aspects de la généralité de la loi ne pose pas beaucoup de problèmes, et il n'appelle pas de très longs développements : la position des monarchiens est bien arrêtée en ce qui le concerne ; ils en conçoivent clairement les motifs et ils prendront un malin plaisir à dénoncer ses violations par l'Assemblée constituante. Il n'en va pas de même du premier qui se situe au cœur des tergiversations des monarchiens et des difficultés de leur doctrine.

Si la loi doit être identique pour tous les justifiables et indépendante de toute circonstance particulière, c'est pour garantir son impartialité et la sûreté des citoyens. Dans le cas contraire, elle pourrait en effet servir à persécuter la minorité ou à satisfaire les passions personnelles du législateur, ainsi que l'a montré Rousseau, auquel les monarchiens se réfèrent volontiers à ce sujet (112). C'est pourquoi, pour eux, "consentir un impôt, n'est pas faire une loi" (113), et déclarer la guerre non plus (114). Ils condamnent enfin, de ce point de vue, toutes les lois rétroactives, dont l'objet est par nature toujours particulier (115), et toute une série d'actes qui ont été improprement qualifiés de lois par l'Assemblée nationale, malgré un objet des plus circonstanciels (116).

Mais pour mériter son nom, la loi doit aussi être acceptée par toute la collectivité, ou tout au moins, pour les monarchiens qui s'opposent ici à Rousseau, par ses représentants. Ainsi que Mounier l'indiquera clairement dans le projet présenté le 27 juillet 1789 : "les citoyens ne peuvent être soumis à d'autres lois qu'à celles qu'ils ont librement consenties par eux ou par leurs représentants ; et c'est dans ce sens que la loi est l'expression de la volonté générale" (117). Aussi, que le régime politique soit représentatif ou qu'il ne le soit pas, il est également nécessaire de savoir exactement quelles sont les personnes qui bénéficient de cette qualité de citoyen. Or, les monarchiens considéraient au départ, conformément à la conception

(110) Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 182.

(111) Cf. en particulier ainsi Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 27 juillet 1789, p. 285 ; Bergasse, idem, t. 9, 22 septembre 1789, p. 114 ; Clermont-Tonnerre, idem, t. 25, 11 mai 1791, p. 743 ; *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 155 en note.

(112) Cf. en particulier ainsi Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 155 ; Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. II, p. 151. Mounier revient d'ailleurs souvent sur cette question : Cf. *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 183 ; *Archives parlementaires*, t. 8, 27 juillet 1789, p. 285 ; idem, 12 août 1789, p. 408 ; idem, 5 septembre 1789, p. 585 ; *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. I, p. 2 ; *Adolphe...*, op. cit., p. 56.

(113) Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 393.

(114) Cf. Boisgelin, *Archives parlementaires*, t. 15, 21 mai 1790, p. 633 à 638 ; Clermont-Tonnerre, idem, 18 mai 1790, p. 560 à 564.

(115) Cf. Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 156 ; Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. I, p. 2.

(116) Cf. Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 344 et 345.

(117) Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 27 juillet 1789, p. 285.

révolutionnaire ambiante (118), qu'il s'agissait de l'ensemble des individus qui ont des droits politiques. Pour bien comprendre cette conception, il faut examiner d'abord quelle était alors selon eux la composition du corps des citoyens, avant de préciser quels étaient les rapports qui devaient s'établir entre ces citoyens pris en corps.

A - LE CORPS DES CITOYENS

Pour les monarchiens, la nation souveraine "n'est que la réunion complète de tous les individus qui la composent" (119), c'est-à-dire "la corporation des individus réunis en société" par le contrat social (120). Pour eux, en effet, "les hommes réunis en société par le contrat social apportent un droit égal à former la volonté commune qui devient celle du corps. Cette volonté est évidemment souveraine" (121). Mais si les monarchiens ont d'abord conçu cette collectivité souveraine de façon très large, dans une perspective proche de Rousseau, ils furent rapidement amenés à l'entendre de manière beaucoup plus restrictive.

1° - La largesse initiale

Initialement, il n'était pas douteux pour les monarchiens, que dans un petit État, la souveraineté réside parmi les citoyens qui peuvent s'assembler sur la place publique pour délibérer (122). Mounier lui-même, malgré toute sa répugnance pour la démocratie directe, admettait parfaitement en 1789 la légitimité d'un tel régime où "le peuple s'est réservé le droit de donner en corps son assentiment aux lois" (123). Ce faisant, il insistait d'ailleurs sur la grande différence qui répare cette collectivité souveraine de la population du territoire, comme le montrent tous les exemples de l'Antiquité, où "la classe la plus nombreuse était privée du droit de cité, soit qu'elle fût composée d'esclaves, soit qu'elle fût composée de familles considérées comme étrangères" (124).

Mais comme il n'est ni possible ni souhaitable d'imiter ces précédents dans un grand État moderne comme la France, on doit y déterminer autrement le siège de la volonté générale. C'est ce que les monarchiens ont fait initialement par une simple transposition des institutions directes aux institutions représentatives, la souveraineté passant des citoyens réunis sur la

(118) Cf. à ce sujet G. Bacot, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, C.N.R.S., 1985, p. 56 à 65.

(119) Mounier, *Exposé de ma conduite...*, op. cit., p. 100 en note ; Cf. de même Bergasse, *Lettre relative au serment de la Constitution*, 6 février 1790, p. 8 ; *Lettre à M. Dinocheau*, 15 février 1790, p. 10.

(120) Clermont-Tonnerre, *Archives parlementaires*, t. 9, 23 octobre 1789, p. 496.

(121) Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 145 ; Cf. aussi Malouet, *Archives parlementaires*, t. 23, 26 février 1791, p. 535 en note.

(122) Cf. ainsi Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit. p. 146 et 225 ; Malouet, *Archives parlementaires*, t. 8, 1er septembre 1789, p. 535 et t. 29, 8 août 1791, p. 264 et 274.

(123) Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 4 septembre 1789, p. 555. Cf. aussi idem, 12 août 1789, p. 409 et 420.

(124) Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 4 septembre 1789, p. 555 ; Cf. aussi idem, 12 août 1789, p. 410, et 4 septembre 1789, p. 560.

place publique, au "peuple en corps dans les assemblées primaires" (125). "Comme les hommes réunis en société par le contrat social apportent un droit égal à former la volonté commune" (126), il leur semblait en effet que "tous les citoyens ont le droit d'influer sur le gouvernement, au moins par leurs suffrages" (127).

Comme d'autre part, les monarchiens récusaient l'esclavage, tout au moins en métropole (128), comme ils considéraient aussi que la résidence en France valait présomption d'adhésion au pacte social (129), ils estimaient, tout au moins dans les premiers temps de la Révolution, que l'admission aux assemblées primaires -et donc à la collectivité souveraine- devait être beaucoup plus étendue que dans l'Antiquité, et devait même correspondre au suffrage universel masculin. Le projet de Constitution élaboré par Malouet au mois de juillet 1789 témoigne bien de cette attitude initiale, puisqu'il attribue sans aucune restriction l'électorat au premier degré dans chaque commune à "une réunion d'habitants de toutes les classes chez le plus ancien de chaque famille" (130). D'ailleurs, Clermont-Tonnerre confessera plus tard, à une époque où il croira devoir renier son opinion antérieure, qu'il pensait bien alors "que tout homme vivant sur un sol doit être citoyen", et qu'il attachait de ce fait "une note d'infamie à la privation des droits politiques" (131).

En adoptant cette position, les monarchiens n'avaient pas le sentiment d'innover, mais au contraire, celui de suivre une tradition ancienne (132), et opportunément rétablie dans son intégralité, lors de la convocation des États généraux qui avait permis "que tous les citoyens participent également à l'établissement et au maintien de la puissance publique" (133). Elle leur paraissait d'autant mieux s'imposer, qu'ils ne rêvaient nullement alors d'un régime censitaire, mais au contraire de faire reconnaître que "les pauvres appartiennent à la société comme les riches" (134), et qu'"en faisant participer aux élections toutes les classes, c'est le peuple qu'on rend puissant" (135). Pour eux, en effet, il n'y avait aucune raison de tenir encore à l'écart "la classe indigente de la société", "au moment où la vérité, la lumière ont pénétré dans toutes les conditions, où les dernières classes du peuple voient et

(125) Malouet, *Archives parlementaires*, t. 29, 8 août 1791, p. 275.

(126) Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 145.

(127) Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 4 septembre 1789, p. 556 ; Cf. aussi Boisgelin, idem, t. 8, p. 484.

(128) Cf. ainsi l'article 8, ch. II, du projet présenté par Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 27 juillet 1789, p. 286 ; Cf. aussi Montlosier, *Essai sur l'art de constituer les peuples*, op. cit., p. 241. On n'examinera pas ici la question épineuse de l'esclavage dans les colonies, à laquelle Malouet a surtout attaché son nom : cf. à ce sujet Malouet, *Collection des mémoires et correspondances officielles...*, op. cit.

(129) Cf. Clermont-Tonnerre, *Archives parlementaires*, t. 9, 29 septembre 1789, p. 201 et t. 10, 23 décembre 1789, p. 756.

(130) Malouet, *Collection des opinions*, op. cit., t. I, p. 57.

(131) Clermont-Tonnerre, *Avertissement*, précédant son opinion du 23 décembre 1789, *Œuvres complètes*, t. II, p. 212.

(132) Cf. en particulier *Lettre écrite au roi par les trois ordres de la province du Dauphiné sur les États généraux*, 8 novembre 1788, p. 3 et 4.

(133) Boisgelin, *Archives parlementaires*, t. 8, 24 août 1789, p. 484 ; Cf. en particulier aussi Lally-Tolendal, *Lettre écrite au très honorable Edmund Burke*, 20 juin 1791, p. 15.

(134) Malouet, *Discours à l'assemblée du Tiers État...*, op. cit., p. 18.

(135) Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 277.

entendent" (136). Non, certes, qu'ils aient pensé que celles-ci devaient même être éligibles, car "le pouvoir législatif ne doit pas être confié à des hommes sans fortune, qui n'auraient ni assez de loisir, ni assez de lumières pour s'occuper avec succès du bien général" (137) ; mais parce qu'en incluant ainsi les pauvres parmi les électeurs on développe le patriotisme et le respect mutuel au sein de toute la collectivité, car :

"par la représentation, il s'établit des liens de fraternité entre les riches et ceux qui sont forcés de travailler pour leur subsistance. Les premiers ont intérêt à mériter les suffrages des autres ; ils cherchent à se concilier l'opinion publique" (138).

2° - Les restrictions ultérieures

Sous la pression des événements révolutionnaires, l'attitude des monarchiens va vite évoluer. Alors qu'il n'en avait nullement été question dans leurs premières ébauches, la condition d'une imposition directe de trois journées de travail, apparaît pour la première fois dans le projet présenté par Mounier le 31 août 1789 (139). A vrai dire, quelques signes avant-coureurs avaient précédé cette mention. Certains insinuaient déjà au printemps, "qu'il n'est peut-être pas encore bien prouvé que celui qui n'a absolument aucun bien et qui vit dans l'indigence la plus absolue doit donner son suffrage" (140) ; et Mounier avouera plus ouvertement dès le début du mois d'août, qu'il faut prendre "quelques précautions pour ne pas admettre des hommes sans domicile ou d'une extrême indigence" (141). Mais il convient surtout de remarquer ici, que ces réserves relatives à la composition du corps électoral, ne signifiaient pas que les monarchiens cessaient déjà d'identifier celui-ci au corps souverain.

On en a pour preuve les propos de Mounier, au moment même où il préconisait la règle des trois journées de travail : il précisait en effet alors que "tous les citoyens ont le droit d'influer sur le gouvernement, au moins par leurs suffrages", et que "si vous exigez pour les électeurs des qualités qui en limitent le nombre, vous rendez tous ceux qui seront exclus étrangers à leur patrie, indifférents sur sa liberté" (142). On ne pouvait pas mieux dire que ces derniers -qu'il se gardait d'ailleurs d'appeler "citoyens passifs"- étaient frappés d'ostracisme et n'étaient pas membres de la collectivité souveraine, car, ainsi que le disait peu avant Boisgelin, "les droits politiques communs à tous les citoyens sont indestructibles comme leurs droits naturels et civils. Un citoyen ne peut pas plus perdre la puissance qui lui appartient que la liberté" (143).

(136) Malouet, *Avis à la noblesse*, décembre 1788, *Collection des opinions*, t. I, respectivement p. 5 et 1.

(137) Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 12 août 1789, p. 410.

(138) Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 19 août 1789, p. 410 ; cf. aussi *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 209.

(139) Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 31 avril 1783, p. 583.

(140) *Réponse des députés de la province de Dauphiné aux États généraux au nouveau mémoire intitulé mémoire pour une partie du clergé et de la noblesse du Dauphiné*, p. 37 ; cf. aussi Bergasse, *Lettre sur les États généraux*, op. cit., p. 42.

(141) Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 18 août 1789, p. 413.

(142) Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 4 sept. 1789, p. 556.

(143) Boisgelin, *Archives parlementaires*, t. 8, 24 août 1789, p. 484.

L'attitude de Montlosier confirme cette conception de façon d'autant plus intéressante, qu'il se vantera plus tard d'avoir le premier suggéré à Sieyès sa fameuse distinction des citoyens actifs et des citoyens passifs ; il est clair qu'il s'agissait alors dans son esprit de traiter les "prolétaires" et les personnes "sans profession établie", comme des "individus sans état politique", indignes d'être compris dans "le véritable Tiers État" (144). C'est pourquoi il s'est opposé à l'expression "de citoyens actifs et passifs", dès que celle-ci a été débattue à l'Assemblée nationale, car pour lui il ne pouvait pas exister de citoyens en-dehors des premiers (145). Deux ans plus tard, il maintiendra encore qu'"on ne peut pas être plus ou moins citoyen ; tous ceux qui ne sont pas citoyens actifs, tous ceux qui sont écartés de l'influence politique et civile, peuvent être habitants d'un pays ; mais, très certainement, ils n'en sont pas citoyens" (146). Il pensait finalement, dans cette perspective, qu'il serait facile d'éviter un débordement des assemblées primaires", en ne considérant comme citoyens, que les chefs de famille" (147) : cette dernière idée, à laquelle il demeurera longtemps attaché (148), n'était sans doute pas très éloignée de celles de Rousseau (149), qui avait tendance à considérer aussi comme lui, que "les familles sont les éléments primaires de toutes sociétés" (150), et que chacune de ces dernières "n'est elle-même qu'une grande fédération de famille" (151).

C'est chez Montlosier, également, que l'on trouve le plus nettement les explications qui justifient aux yeux des monarchiens, la réduction du corps souverain, soit comme il le fait aux seuls chefs de famille, soit plus généralement aux seuls citoyens censitaires. C'est là, selon lui, la conséquence directe du contrat social qui ne peut être conclu qu'entre individus doués d'une volonté propre, afin de réaliser l'union de toutes leurs volontés : il en résulte dans l'état social, qu'"il est évident que celui qui n'aurait pas une volonté à lui, ne pourrait pas coopérer à la loi, puisque la loi est la réunion des volontés" (152). Ceci implique d'abord l'exclusion des femmes et des enfants, dont les volontés sont subordonnées à celles du père de famille ; mais aussi celle de beaucoup d'autres personnes, qui sont réputées trop indigentes pour avoir une véritable volonté, ou que l'état de domesticité a rendues trop dépendantes pour avoir une volonté personnelle (153).

On pourrait donc conclure que les monarchiens continuaient à penser que les électeurs constituaient la source exclusive de la volonté générale, alors même qu'ils commençaient à réduire sérieusement l'accès à l'électorat. Il faut cependant nuancer un peu cette affirmation, dans la mesure où il leur arrive aussi assez souvent de tirer argument des vingt cinq millions de français qui composent la nation. Il s'agit parfois d'une simple référence à la taille du pays

(144) Montlosier, *Mémoires sur la Révolution française, le Consulat, l'Empire, la Restauration et les Principaux événements qui l'ont suivie*, 1830, t. I, p. 189 et 190.

(145) Cf. Montlosier, *Archives parlementaires*, t. 9, 20 octobre 1789, p. 489.

(146) Montlosier, *Essai sur l'art de constituer les peuples*, op. cit., p. 188.

(147) Montlosier, *Archives parlementaires*, t. 9, 20 octobre 1789, p. 469.

(148) Cf. en particulier Montlosier, *Essai sur l'art de constituer les peuples*, op. cit., p. 37, 190, 191 et 242 ; *Observations sur le projet de code civil*, 1801, p. 14 et 15.

(149) Cf. à ce sujet G. Bacot, *Carré de Malberg...*, op. cit., p. 21.

(150) Montlosier, *Essai sur l'art de constituer les peuples*, op. cit., p. 189.

(151) Montlosier, *Essai sur l'art de constituer les peuples*, op. cit., p. 191.

(152) Montlosier, *Essai sur l'art de constituer les peuples*, op. cit., p. 36 et 37.

(153) Cf. Montlosier, *Essai sur l'art de constituer les peuples*, op. cit., p. 37 et 192.

qui ne met pas en cause le siège de la souveraineté (154). D'autres mentions sont plus tardives : si elles tendent alors à situer cette souveraineté dans l'ensemble de la population et pas seulement dans le corps électoral, c'est précisément parce qu'elles interviennent à une époque où les conceptions des monarchiens auront beaucoup changé (155). Il n'en reste pas moins que certaines allusions de ce type visent indiscutablement les titulaires de la souveraineté dès 1789 : d'abord, pour marquer la force des députés du Tiers-État face à ceux des ordres privilégiés (156), puis pour justifier le régime représentatif faute de pouvoir réunir vingt-cinq millions de citoyens pour délibérer (157). On peut bien sûr voir là de simples inconséquences de langage à but emphatique ; mais on peut y voir aussi les premières contradictions d'un système que les monarchiens vont progressivement abandonner.

B - LES CITOYENS EN CORPS

Abstraction faite de ces premières hésitations sur l'étendue exacte de ce corps des citoyens qui constitue la collectivité souveraine, il est certain que les monarchiens considéraient au début de la Révolution que la volonté générale ne pouvait émaner que de cet ensemble de citoyens pris en corps, car "la souveraineté ne réside que dans le tout réuni" (158). Ce principe s'appliquait tout particulièrement, selon eux, à l'élaboration de la Constitution qui supposait "que tous ceux qui y coopèrent aient une volonté semblable, tendant au même but, s'unissant dans les mêmes habitudes" (159). C'est pourquoi ils excluaient rigoureusement, d'une part, toute différenciation au sein du corps des citoyens, et prenaient grand soin, d'autre part, de bien distinguer cette volonté générale commune à tous, de la volonté de la majorité.

1° - La condamnation des différenciations sociales

Mounier s'enorgueillissait d'avoir donné le bon exemple dès 1788, à la tête du Dauphiné, "en publiant sans relâche qu'il fallait oublier tous les préjugés, de lieux, de corps et de profession" (160). De fait, c'est sur ce thème que les premiers monarchiens s'engagent essentiellement au début du mouvement révolutionnaire, jetant toute leur énergie dans la tourmente, au point de paraître quelque temps en constituer l'élément moteur. Mais il ne faut pas oublier qu'ils ne condamnaient pas uniquement les distinctions de personnes et le vote par ordre aux États généraux ; c'est aussi les distinctions

(154) Cf. par exemple ainsi Lally-Tolendal, *Archives parlementaires*, t. 8, 31 août 1789, p. 518 ; Mounier, idem, 9 juillet 1789, p. 515 ; Malouet, *Lettres au Comité de Constitution*, op. cit., p. 181.

(155) Cf. en particulier ainsi Clermont-Tonnerre, *Archives parlementaires*, t. 15, 18 mai 1790, p. 561 et t. 26, 18 mai 1791, p. 216 ; *Analyse raisonnée*, op. cit., p. 157 et 225.

(156) Cf. en particulier ainsi Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 211 ; Malouet, *Archives parlementaires*, t. 8, 8 juin 1785, p. 80.

(157) Cf. en particulier ainsi Lally-Tolendal, *Archives parlementaires*, t. 8, 7 juillet 1789, p. 204 ; Mounier, idem, 12 août 1789, p. 415, et 5 septembre 1789, p. 587.

(158) Lally-Tolendal, *Archives parlementaires*, t. 8, 7 juillet 1789, p. 204.

(159) Bergasse, *Archives parlementaires*, t. 8, 15 juin 1789, p. 115.

(160) Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 12 août 1789, p. 407.

de lieux et leurs conséquences qui leur paraissaient incompatibles avec la manifestation d'une volonté vraiment nationale.

Si la distinction des ordres est incompatible avec l'expression de la volonté générale, c'est parce que les représentants des ordres privilégiés défendent uniquement les intérêts particuliers de leurs mandataires, au lieu de se préoccuper de l'intérêt général (161). C'est pourquoi Mounier s'est d'abord montré si hostile à Montesquieu, auquel il reprochait son système de contrepois dans les monarchies, fondé sur les prérogatives et la force de résistance des grands (162). Mais cela ne signifiait pas pour autant que les monarchiens aient souhaité purement et simplement l'abolition de la noblesse héréditaire. Ils insistaient au contraire sur son utilité, à condition qu'elle soit réduite à des prérogatives purement honorifiques, qui ne lui auraient conféré aucun privilège opposé à l'intérêt général (163), et à condition qu'elle n'entrave pas la mobilité sociale (164).

Ce qui préoccupait surtout les monarchiens, c'était d'obtenir le vote par tête, parce que "si les ordres sont séparés, s'ils ne se communiquent pas même leurs délibérations pour en former une résolution commune, on ne saurait appeler leurs Assemblées des États généraux" (165) : la volonté générale ne peut résulter que d'une délibération commune où chacun s'éclaire mutuellement pour parvenir à un vœu identique, si non, chaque ordre possède un droit de veto sur les autres, qui est incompatible avec la seule souveraineté de la collectivité tout entière. C'est pourquoi Malouet et Mounier seront les premiers, dès le 6 mai 1789, à engager la résistance du Tiers contre la vérification séparée des pouvoirs (166). Il est vrai cependant, que certains de ceux qui se rallieront un peu plus tard à leur groupe, s'opposèrent d'abord au vote par tête (167). Mais on doit remarquer que ces derniers justifiaient leur point de vue en disant, d'une part que l'abolition des privilèges incompatibles avec l'intérêt général était déjà acquise, et d'autre part qu'il fallait respecter les formes constitutionnelles existantes. Leurs collègues estimaient à l'inverse que cette abolition nécessitait encore une mobilisation et une union exceptionnelles de toutes les énergies (168) ; ils pensaient surtout en outre qu'une délibération tous ordres confondus s'imposait de toute façon tant qu'il s'agissait d'adopter pour la première fois une véritable Constitution, puisque celle-ci nécessitait la mise en œuvre de la souveraineté originaire de la nation

(161) Cf. Bergasse, *Observations sur les préjugés...*, op. cit. ; Malouet, *Avis à la noblesse...*, op. cit. ; Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit., chapitre XXIV.

(162) Cf. Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 211 à 218 ; Cf. aussi à ce sujet E. Lavaquery, *Le Cardinal de Boisgelin*, op. cit., p. 301.

(163) Cf. ainsi Lally-Tolendal, *Seconde lettre à ses commettants*, op. cit., Pièces justificatives, p. 11 ; Malouet, *Avis à la noblesse*, op. cit., p. 3 et 6 ; *Archives parlementaires*, t. 8, 14 mai 1789, p. 37 ; Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 210 et 211 ; Montlosier, *Essai sur l'art de constituer les peuples...*, op. cit., p. 108 et suivantes, 248 et 249 ; Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 184 et suivantes ; Lettre à Duval d'Espréménil, *Œuvres complètes*, t. III, p. 47.

(164) Cf. ci-dessus.

(165) Mounier, *Nouvelles observations*, op. cit., p. 188 ; cf. aussi p. 242 et 243.

(166) Cf. *Archives parlementaires*, t. 8, 6 mai 1789, p. 28 et 29.

(167) Cf. en particulier ainsi Boisgelin, *Discours sur les principes des droits des ordres dans les États généraux*, (publié en 1791, celui-ci est seulement mentionné dans les *Archives parlementaires*, t. 8, 17 juin 1789, p. 126) La Luzerne, *Sur la forme d'opinion...*, op. cit. ; Montlosier, *Observations sur l'adresse à l'ordre de la noblesse française de M. le comte d'Entraigues*, p. 12.

(168) Cf. ainsi Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. I, p. 129 à 131.

elle-même, au lieu d'un simple recours à des organes institués (169). Cette différence d'opinion portait donc plus sur les circonstances que sur les principes.

Mais ce n'est pas seulement l'absence de distinctions personnelles entre les citoyens, qui est nécessaire pour permettre l'expression de la volonté générale ; c'est aussi l'absence de distinctions de lieux. C'est pourquoi, dès le début de leur engagement politique, les monarchiens ont pris parti contre les privilèges dont bénéficiaient certaines provinces ou certaines villes sous l'ancien régime, avec autant de vigueur qu'ils l'ont fait contre ceux du clergé et de la noblesse (170). Ils s'opposent aux particularismes locaux et à l'esprit de clocher qui font perdre de vue l'intérêt général, et envisagent au contraire avec une certaine satisfaction l'uniformité administrative créée par les départements, dans la mesure tout au moins où, ainsi, "l'esprit de corps, l'esprit de province ne sera plus à craindre" (171). Dans cette perspective, ils s'opposent tout autant au regroupement régional des députés au sein des États généraux qu'à leur division par ordres (172), parce que chaque partie du territoire ne dispose pas plus que chaque ordre d'une souveraineté propre qui serait attentatoire à la volonté générale (173), et parce que "certainement une petite partie de la nation ne peut pas exercer un droit qui n'appartiendrait qu'à la nation entière" (174).

De là découle aussi l'hostilité des monarchiens au mandat impératif. Mounier le croit certes inévitable tant qu'il n'existe pas de Constitution bien établie, et qu'il faut remonter jusqu'à la souveraineté originaire des citoyens (175). Mais celui-ci est en même temps difficilement compatible avec la manifestation d'une volonté commune, car "quelle serait l'Assemblée où chaque membre arriverait armé d'une protestation ou d'un mandat qui le forcerait de combattre l'opinion générale ?" (176). Il s'agirait là d'un véritable veto exercé par chaque assemblée électorale contre la volonté générale (177), puisque celle-ci ne pourrait pas même prévaloir à travers le vœu de la

(169) Cf. Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 246 à 249.

(170) Cf. ainsi La Luzerne, *Cayer commun des trois ordres du baillage de Langres*, 1789, p. 19 à 23 ; Malouet, *Correspondance avec les officiers municipaux...*, op. cit., lettre du 3 décembre 1788, p. 32 ; *Discours à l'assemblée du Tiers État...*, op. cit. p. 14 ; Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 196 à 200 ; *Archives parlementaires*, t. 8, 9 juillet 1789, p. 216.

(171) Malouet, *Archives parlementaires*, t. 10, 12 novembre 1789, p. 4. Cf. aussi Clermont-Tonnerre, idem, t. 9, 19 octobre 1789, p. 461, et t. 11, 4 février 1790, p. 429 ; Raynal, *Adresse à l'assemblée nationale*, *Archives parlementaires*, t. 26, 31 mai 1791, p. 651.

(172) Cf. ainsi Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 60 ; La Luzerne, *Sur la forme d'opiner...*, op. cit., p. 114 à 119 ; Lally-Tolendal, *Archives parlementaires*, t. 8, 11 juillet 1789, p. 221.

(173) Cf. en particulier ainsi Malouet, *Archives parlementaires*, t. 15, 6 mai 1790, p. 408 ; *Lettre à ses commettants...*, op. cit., t. II, p. 33 et 35 ; *Opinion sur l'affaire d'Avignon*, op. cit., t. II, p. 133.

(174) Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 12 août 1792, p. 420.

(175) Cf. ainsi Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 231 ; *Archives parlementaires*, t. 8, 12 août 1789 p. 420, et 4 septembre 1789, p. 557 ; *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. I, p. 247.

(176) Lally-Tolendal, *Archives parlementaires*, t. 8, 7 juillet 1789, p. 204 ; Cf. aussi Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 232 ; *Archives parlementaires*, t. 8, 4 septembre 1789, p. 557.

(177) Cf. Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 12 août 1789, p. 420 ; Clermont-Tonnerre, idem, t. 9, 21 septembre 1789, p. 58.

majorité, faute d'une délibération commune susceptible d'harmoniser les volontés partielles. Ainsi que Mounier l'a bien expliqué :

"on objectera peut-être que la pluralité des mandats formerait alors la pluralité des suffrages de la nation ; mais comment concilier les vœux contraires, pour former une majorité de voix entre des personnes qui ont délibéré sur des questions différentes, à un grand éloignement les unes des autres, et sans s'être communiqué leur avis ?" (178).

2° - Les réserves sur le principe majoritaire

La volonté générale est en effet pour les monarchiens, comme pour Rousseau auquel ils se réfèrent (179), la volonté de tous les citoyens, celle qui est commune à la collectivité souveraine tout entière. Elle ne saurait donc se confondre avec la volonté de la majorité ; ou, plus exactement, puisque les monarchiens n'hésitent pas à s'en prévaloir quand bon leur semble (180), le principe majoritaire ne peut être accepté à leurs yeux comme critère de la volonté générale qu'à certaines conditions bien précises (181). Il faut d'abord que celui-ci ait été initialement consenti par tous, puisque "la loi de la pluralité des suffrages est elle-même un établissement de convention, qui suppose au moins une fois l'unanimité" (182). Mais il faut aussi "prendre toutes les précautions raisonnables pour que cette majorité qui constituera la souveraineté dorénavant, ne puisse vouloir qu'avec des modifications et dans le cas où elle ne voudra que l'intérêt commun" (183).

Pour qu'il y ait vraiment une forte probabilité que la majorité exprime la volonté générale, et pas simplement des vues propres au service de son intérêt particulier, deux sortes de précautions sont ainsi nécessaires. Les premières, qui préoccupent spécialement Mounier, touchent à la qualité des délibérations communes grâce auxquelles on doit "profiter de toutes les lumières et assurer la liberté des discussions" (184), parce que "c'est en s'isolant qu'on s'aveugle ; c'est en s'isolant qu'on se renferme dans l'esprit de corps et qu'on s'éloigne de l'esprit public" (185). Les secondes concernent l'attitude qui doit être celle de tous les citoyens et de leurs représentants, pour qu'ils fassent sincèrement prédominer le bien commun sur leurs avantages personnels ; ces derniers doivent en effet sans cesse pouvoir affirmer : "nous cherchons et nous portons chacun le vœu général. Citoyens de la France, réunis de toutes les provinces indistinctement, nous venons dire dans cette

(178) Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 12 août 1789, p. 420.

(179) Cf. en particulier Lally-Tolendal, *Seconde lettre à ses commettants*, op. cit., p. 95 et 96 ; Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 155.

(180) Cf. en particulier Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 16 juin 1789, p. 123 ; Lally-Tolendal, idem, 7 juillet 1789, p. 204 ; Boisgelin, idem, 29 juillet 1789, p. 299.

(181) Cf. Mounier, *Adolphe...*, op. cit., p. 80.

(182) Lally-Tolendal, *Défense des émigrés français*, op. cit., p. 77 ; Cf. aussi Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 153.

(183) Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 153 et 154.

(184) Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 4 septembre 1789, p. 557. Cf. aussi *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 231 et 265 ; *Adolphe...*, op. cit., p. 78 ; Bergasse, *Archives parlementaires*, t. 9, 22 septembre 1789, p. 114 ; Malouet, idem, t. 29, 8 août 1791, p. 276.

(185) Lally-Tolendal, *Seconde lettre à ses commettants*, op. cit., Pièces justificatives, p. 10 ; Cf. aussi *Archives parlementaires*, t. 8, 7 juillet 1789, p. 204.

Assemblée, en y donnant nos suffrages : telle est l'opinion de la nation" (186).

Finalement, ces conditions impliquent pour les monarchiens, exactement comme pour Rousseau, que soient condamnées l'opposition et la lutte des intérêts, symptomatiques de "ces crises où la volonté générale ne peut se faire jour à travers les passions qui se combattent, où chacun appelle nation la portion du peuple qui le suit et qui l'écoute" (187). D'où leur indignation maintes fois répétée contre "les factions" (188), à l'instar d'ailleurs de tous leurs contemporains ; d'où, même, leur hostilité au bipartisme anglais, coupable de ne produire qu'une alternance entre des intérêts qui demeurent particuliers, au lieu de faire prévaloir l'intérêt général (189). D'où surtout leurs déclamations contre "ces clubs dont Jean-Jacques Rousseau regardait l'existence et l'influence comme destructives de la véritable volonté générale" (190) ; il est vrai qu'ils ne se privèrent pas d'en créer aussi à l'occasion ; mais ils prirent toujours grand soin de préciser que ce n'était que pour contrebalancer l'influence des jacobins, et à défaut d'obtenir leur suppression (191).

Si les monarchiens acceptent le principe majoritaire quand toutes ces conditions sont bien remplies, ils refusent dans le cas contraire ce qu'ils appellent déjà, comme le feront les libéraux du XIXe siècle, "le résultat des forces numériques" (192) ou la "règle du nombre" (193). La majorité, quelle que soit son ampleur -serait-elle l'ensemble des citoyens moins un, comme le précisait Rousseau (194)- n'a en elle-même aucun droit de domination sur la minorité. Cela expliquait, au début de la Révolution, les réticences d'un Malouet face à la prétention des députés du Tiers de se constituer à eux seuls en Assemblée nationale, bien qu'il leur eût accordé qu'ils étaient "plus essentiellement les représentants de la nation que ne le sont les députés du

(186) Boisgelin, *Archives parlementaires*, t. 8, 29 juillet 1789, p. 299. Cf. aussi Bergasse, idem, t. 9, 22 septembre 1789, p. 114 ; Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 154 et 155 ; Lally-Tolendal, *Seconde lettre à ses commettants...*, op. cit., p. 95.

(187) Clermont-Tonnerre, *Archives parlementaires*, t. 23, 25 février 1791, p. 522.

(188) Cf. en particulier Mallet du Pan, *Du principe des factions en général et de celles qui divisent la France*, 1791. Cf. aussi Clermont-Tonnerre, *Discours au club des Impartiaux, œuvres complètes*, op. cit., t. IV, p. 25 ; Malouet, *Archives parlementaires*, t. 29, 1er août 1791, p. 98 et 99 ; Montlosier, *Sur la loi contre les émigrations*, op. cit., p. 11 ; Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. I, p. 6 ; Raynal, *Adresse à l'Assemblée nationale, Archives parlementaires*, t. 26, 31 mai 1791, p. 651 à 653 ; Virieu, *Archives parlementaires*, t. 8, 7 septembre 1789, p. 589.

(189) Cf. Bergasse, *Lettre sur les États généraux*, op. cit. p. 46 et 47 ; Mallet du Pan, *Mercur de France*, 24 janvier 1789, p. 163 et 164.

(190) Clermont-Tonnerre, *Sur la dernière réplique de J.-P. Brissot*, 14 octobre 1790, *Œuvres complètes*, op. cit., t. III, p. 38.

(191) Cf. Clermont-Tonnerre, *Discours à la société des amis de la Constitution monarchique, Œuvres complètes*, t. IV, p. 29 et 30 ; Malouet, *Archives parlementaires*, t. 22, 28 janvier 1791, p. 546, et t. 23, 26 février 1791, p. 553 ; Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. II, p. 139 ; Raynal, *Adresse à l'Assemblée nationale, Archives parlementaires*, t. 27, 31 mai 1791, p. 651 et 652 ; Virieu, *Archives parlementaires*, t. 8, 24 mai 1791, p. 361.

(192) Malouet, *Archives parlementaires*, t. 29, 1er avril 1791, p. 99 ; Cf. aussi *Lettre à M. de Lally-Tolendal*, 1er avril 1792, p. 23 ; *Mémoires*, op. cit., t. I, p. 267.

(193) Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. II, p. 139.

(194) Cf. Malouet, *Archives parlementaires*, t. 22, 28 janvier 1791, p. 545 en note, et t. 23, 26 février 1791, p. 533 ; Lally-Tolendal, *Défense des émigrés français*, op. cit., t. I, p. 303, et t. II, p. 46.

clergé et de la noblesse" (195). Mais cela expliquera surtout plus tard la "révolte" de celui-ci contre une majorité qui prétend exprimer la volonté générale, alors qu'elle refuse d'entendre la minorité, de lui reconnaître la liberté d'expression, et de se laisser éclairer par ses avis (196).

Dans cette perspective, les monarchiens dépassés par les événements et réduits à l'impuissance, s'en prendront de plus en plus souvent à "l'oppression exercée par la majorité sur la minorité" (197). Aussi, après avoir très tôt mis en garde contre le "pouvoir arbitraire de la multitude" et le "despotisme populaire" (198), Mounier en viendra même à dénoncer avec d'autant plus d'acrimonie la "domination de la populace" (199), que celle-ci ne lui semblait qu'un instrument passif aux mains d'une minorité agissante (200).

III. LE SIÈGE DE LA SOUVERAINETÉ

Pour mieux lutter contre un mouvement révolutionnaire dont ils avaient perdu la maîtrise, les monarchiens ont cherché à modifier leur conception de la souveraineté. Puisque l'expérience leur montrait que la théorie de la volonté générale, dans laquelle ils avaient primitivement placé leur confiance en toute bonne foi, n'aboutissait qu'à l'emportement des masses et aux dérèglements sociaux, il convenait de définir autrement le siège de la souveraineté. Les monarchiens espéraient ainsi parvenir à légitimer un nouveau pouvoir, susceptible de rétablir cette sûreté des personnes et des biens, sans laquelle ils n'envisageaient pas de véritable liberté. Mais ils ont éprouvé beaucoup de peine dans cette entreprise, hésitant entre plusieurs solutions, et les abandonnant successivement à chaque fois qu'ils se rendaient compte que celles-ci avaient pour eux des conséquences inacceptables ; d'où une dérive souvent mal maîtrisée de leurs idées qui, loin de parvenir à un

(195) Malouet, *Archives parlementaires*, t. 8, 15 juin 1789, p. 119 ; Cf. aussi Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 137 en note et p. 219 ; *Exposé de ma conduite...*, op. cit., p. 7.

(196) Cf. Malouet, *Opinion sur la révolte de la minorité contre la majorité*, *Archives parlementaires*, t. 23, 26 février 1791, p. 529 à 535.

(197) Malouet, *Archives parlementaires*, t. 29, 1^{er} août 1791, p. 99. Cf. en particulier aussi Clermont-Tonnerre, idem, t. 25, 11 mai 1791, p. 743 ; *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 154 ; Mallet du Pan, *Du principe des factions...*, op. cit., p. 2 ; *Correspondance politique...*, op. cit., p. XX et 6 ; Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. I, p. 8.

(198) Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 12 août 1789, p. 408 et 409. Cf. en particulier aussi Malouet, idem, t. 12, 8 avril 1790, p. 591, et t. 29, 1^{er} août 1791, p. 98 ; Mallet du Pan, *Du Principe des factions...*, op. cit., p. 2 et 3 ; Montlosier, *Essai sur l'art de constituer les peuples*, op. cit., p. 61.

(199) Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. II, p. 141 ; Cf. aussi *Exposé de ma conduite...*, op. cit., p. 100 en note et p. 110 ; *Appel au tribunal de l'opinion publique*, 1790, p. I et II.

(200) Cf. Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 4 septembre 1789, p. 559. Cf. aussi Lally-Tolendal, *Lettre au très honorable Edmund Burke*, op. cit., p. 15 et 28 ; *Post-scriptum d'une lettre à M. Burke*, 9 juillet 1791, p. 20 et 21 ; Malouet, *Lettre à ses commettants*, op. cit., p. 31 ; *Archives parlementaires*, t. 25, 2 mai 1791, p. 499 ; *Réponse à M. XXX*, 27 avril 1792, p. 10 ; Raynal, *Adresse à l'Assemblée nationale*, *Archives parlementaires*, t. 26, 31 mai 1791, p. 652.

point d'ancrage solide, finirent par échouer sur les sables mouvants de la souveraineté de la raison.

Mais, auparavant, les monarchiens avaient d'abord cru parvenir à leurs fins, en tenant à l'écart toute cette population laborieuse et inculte dont les passions leur semblaient faire le jeu des démagogues, et en réservant l'exercice de la souveraineté aux seuls propriétaires qui leur semblaient réunir toute la sagesse et les lumières de la nation. Il ne s'agissait pas tant alors d'abandonner l'idée de volonté générale que de concentrer celle-ci dans une classe particulière de la population. Cependant cette solution n'était pas vraiment satisfaisante, car elle justifiait très difficilement la subordination de tous ceux qui étaient ainsi exclus, et faisait reposer leur protection sur une simple pétition de principe. C'est pourquoi les monarchiens ont fini par lui substituer celle de la souveraineté de la raison. Mais c'est alors ce qui semblait subsister encore de la doctrine de la volonté générale qui semblait s'effacer définitivement de leur système.

A - LA SOUVERAINETÉ DES PROPRIÉTAIRES

Après avoir placé la souveraineté dans la collectivité des hommes majeurs, les monarchiens l'ont réservé ensuite, sous la pression des événements, aux seuls propriétaires, et même aux seuls gros propriétaires. Cette démarche n'avait d'ailleurs rien de spécialement original pour l'époque, et ses jalons étaient déjà bien marqués (201). On peut bien sûr facilement critiquer une telle évolution, qui semblait conduire tout droit à la ploutocratie. On doit remarquer cependant, à la décharge des monarchiens, que la propriété dont ils veulent établir la prépondérance politique est toujours et exclusivement la propriété foncière, qu'ils associent d'ailleurs assez souvent à la condition du mariage (202). Ils dénoncent au contraire volontiers la richesse mobilière (203), la concentration des fortunes (204), et plus encore les acquéreurs de biens nationaux (205), car ils n'ont que mépris pour "l'insolente et vile aristocratie de la richesse sans naissance, sans mérite, sans émulation d'honneur, sans esprit public" (206).

Dans ces conditions, si on peut sans doute leur reprocher une certaine politique de classe, ce n'est pas simplement celle des riches contre les pauvres, mais celle d'un certain conservatisme social fondé sur la stabilité rurale. Mais on doit surtout remarquer ici que les monarchiens ont conçu cette politique à chaud, et en réaction aux événements révolutionnaires au fur et à mesure de leur déroulement : d'où leurs tâtonnements, leurs incertitudes et leurs difficultés, pour fixer une doctrine définitive. Dans un premier temps, il

(201) Cf. en particulier ainsi Condorcet, *Lettres d'un bourgeois de New-Haven à un citoyen de Virginie* 1787, *Œuvres*, édition O'Connor-Arago, t. 9, 1847, p. 11 à 13. La même argumentation sera toujours plus tard celle de Dupont de Nemours : cf. *Observations sur la Constitution proposée par la Commission des onze*, an III, p. 7. Cf. aussi à ce sujet R. Griffiths, *Le centre perdu ...*, op.cit., p. 238 et 239.

(202) Cf. ainsi Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p.268, Montlosier, *Essai sur l'art de constituer les peuples*, op. cit, p. 191.

(203) Cf. en particulier Virieu, *Archives parlementaires*, t. 10, 7 décembre 1789, p. 414.

(204) Cf. ainsi Malouet, *Archives parlementaires*, t. 8, 1er août 1789, p. 323 ; Mounier, *Adolphe ...*, op. cit., p. 21.

(205) Cf. surtout Lally-Tolendal, *Défense des émigrés français*, op. cit., t. II, p. 13 à 16.

(206) Mallet du Pan, *Mercure de France*, 1er octobre 1791, p. 63.

ne s'agissait pour eux que de réserver l'éligibilité aux propriétaires ; il n'était donc nullement question de leur accorder le monopole de la souveraineté, mais seulement de leur confier une fonction à exercer au nom de tous les citoyens (207). Ce n'est que dans une seconde période qui commence à la fin de 1791, que les monarchiens en viennent à exiger que l'électorat lui-même, y compris l'électorat au premier degré -c'est à dire la qualité de citoyen actif-, soit aussi réservé aux propriétaires ; se pose alors la question de savoir s'il s'agit toujours d'une simple fonction politique, ou d'un véritable transfert de la souveraineté à leur profit.

1° - Les propriétaires seuls éligibles

C'est dès le début de leur engagement politique, que les monarchiens ont commencé à demander que l'éligibilité à l'assemblée législative soit réservée aux seuls propriétaires. Mallet du Pan préconisait déjà l'imitation des institutions britanniques à cet égard, dans son article sur la livre de De Lolme qu'il avait publié au mois de janvier 1789 (208) ; et Mounier considérait à la même époque que l'accès à la députation devait être réservé aux riches (209), conformément d'ailleurs aux modalités qui étaient en vigueur pour l'élection des États généraux (210). Les projets constitutionnels des monarchiens, au mois d'août 1789, insistaient dans cette perspective sur la nécessité d'exiger une propriété foncière des futurs députés (211) ; si alors ils n'osaient pas encore fixer un seuil élevé, et se contentaient d'une propriété minimum, ceux qui siègeront encore à l'Assemblée nationale lors du vote du marc d'argent, seront parmi les plus fermes soutiens de cette mesure (212).

Cependant les monarchiens ne cherchaient pas en même temps à renforcer les conditions nécessaires pour devenir citoyen actif, s'associant certes à la règle des trois journées de travail (213), mais sans vouloir aller plus loin. Dès lors, ils pouvaient souligner le caractère parfaitement représentatif de ces députés-propriétaires, du fait des relations qui se forment entre eux et la collectivité des citoyens, par l'intermédiaire de l'élection. Ainsi que l'expliquait Mounier, "par la représentation, il s'établit des liens de fraternité entre les riches et ceux qui sont forcés de travailler pour leur subsistance. Les premiers ont intérêt à mériter les suffrages des autres ; ils cherchent à se concilier l'opinion publique" (214). Celui-ci pouvait donc soutenir de façon plus générale, au cours de cette première période, qu'il suffit "que les élections des représentants du peuple soient toujours faites par les habitants de toutes les classes, et le rang des personnes qui seront choisies, ne sera plus à craindre (...). Les représentants n'exercent qu'un pouvoir émané des

(207) Cf. en particulier Mallet du Pan, *Mercure de France*, 1er octobre 1791, p. 64.

(208) Cf. Mallet du Pan, *Mercure de France*, 24 janvier 1789, p. 164.

(209) Cf. Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 209.

(210) Cf. à ce sujet *Réponse des députés de la province du Dauphiné...*, op. cit., p. 38.

(211) Cf. Lally-Tolendal, *Archives parlementaires*, t. 8, 31 août 1789, p. 518 et 519 ;

Mounier, idem, 31 août 1789, p. 523 et 4 septembre 1789, p. 556.

(212) Cf. ainsi Malouet, *Lettre à ses commettants*, op. cit., p. 37 ; *Archives parlementaires*, t. 29, 8 août 1791, p. 276.

(213) Cf. en particulier Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 31 août 1789, p. 523, et 4 septembre 1785, p. 556.

(214) Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 12 août 1789, p. 410.

électeurs. En faisant participer aux élections toutes les classes, c'est le peuple qu'on rend puissant, puisqu'il est le maître du choix" (215).

2° - Les propriétaires seuls électeurs

Deux ans plus tard, l'attitude des monarchiens change complètement. Ils considèrent maintenant que la condition des trois journées de travail pour devenir citoyen actif est très insuffisante (216), et que seuls les propriétaires doivent avoir des droits politiques (217) ; ils regrettent même qu'une telle condition de propriété n'ait pas été exigée pour l'élection des États généraux (218). On trouve les premières récriminations à cet égard chez Montlosier dès 1790 (219) ; mais celui-ci qui avait d'abord cotoyé la contre-révolution et demeurait à l'aile droite des monarchiens, n'était peut-être pas encore parfaitement représentatif de leurs idées sur ce point. Il semble en effet que ce soit plutôt en 1791 que la plupart d'entre eux adoptent, tout au moins ouvertement, ces positions.

Le cas de Malouet est exemplaire. Au mois d'août 1791, au moment de la révision du projet de Constitution et à un moment où il espérait encore, il est vrai, un compromis avec le parti constitutionnel, il prétendait seulement qu'on ne peut pas "étendre au-delà de la classe des propriétaires, le droit d'influence directe sur la chose publique", et que la compétence législative ne devait être "confiée qu'aux propriétaires élus par le peuple". Il ne remettait donc en cause ni les conditions de la citoyenneté active, ni le caractère purement fonctionnel des avantages attribués aux propriétaires - il prenait d'ailleurs soin de préciser qu'"ils ne sont pas la société tout entière, mais ils sont le tronc et la racine qui doivent alimenter les branches et les diriger" (220). Cependant, ayant perdu tout espoir de compromis, l'attitude de Malouet se modifie rapidement. Sans d'abord réserver expressément tous les droits politiques aux propriétaires, il soutient peu après que ceux-ci en sont les titulaires originaires et que les autres citoyens n'en bénéficient partiellement qu'avec leur consentement, par une sorte de contrat d'associations (221). Puis, il en vient, dès le mois de décembre 1791, à dire nettement que "les droits de consentir les lois et les impôts appartiennent à tous les propriétaires exclusivement" et que les droits politiques, c'est-à-dire la citoyenneté active, doivent être fixés" dans la classe des propriétaires indépendants" (222).

Se pose alors la question de savoir à quel titre les monarchiens entendaient accorder aux propriétaires l'exclusivité de ces droits politiques, à partir de cette nouvelle période : soit qu'ils aient fait des propriétaires les seuls titulaires de la souveraineté, soit qu'ils aient continué à situer le siège

(215) Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 277 et 278 ; Cf. aussi, idem, p. 209.

(216) Cf. Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 266 ; Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit. t. II, p. 137 et 156.

(217) Cf. Lally-Tolendal, *Lettre au très honorable Edmund Burke*, op. cit., p. 35 ; Montlosier, *Grand discours que Prononceront les commissaires de l'Assemblée nationale au roi en lui présentant la grande Charte*, 1791, p. 13.

(218) Cf. Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. I, p. 243.

(219) Cf. Montlosier, *Essai sur l'art de constituer les peuples*, op. cit., p. 193.

(220) Malouet, *Archives parlementaires*, t. 29, 8 août 1791, p. 276.

(221) Cf. Malouet, *Lettres au Comité de Constitution*, op. cit., p. 176 à 184.

(222) Malouet, *Lettre aux émigrants*, 20 décembre 1791, *Mémoires*, op. cit., t. II, p. 259.

de la souveraineté dans une collectivité beaucoup plus étendue. Dans cette dernière hypothèse, les propriétaires auraient continué à exercer une simple fonction au nom de tous, à ceci près qu'ils le feraient maintenant comme électeurs au premier degré, et non plus simplement comme électeurs au second degré ou comme éligibles à l'Assemblée nationale. Mais il est difficile de répondre à cette question. Les monarchiens eux-mêmes semblent hésiter entre ces deux options, et ils ne paraissent pas d'ailleurs toujours conscients de la nécessité de faire un choix, qui serait pourtant seul susceptible d'éviter les contradictions (223).

L'attitude qui sera encore celle de Lally-Tolendal en 1797, sous l'influence avouée de Malouet (224), est très symptomatique à cet égard. Soucieux de fournir un maximum de justifications en faveur du monopole des propriétaires sur les droits politiques, il n'hésite pas à réunir des arguments qui relèvent de l'un et de l'autre de ces deux systèmes d'explication. Si les propriétaires doivent être seuls électeurs, c'est d'abord pour lui "parce qu'il faut tenir nécessairement au corps physique de l'État, pour être membre du corps politique" (225), et parce que c'est uniquement dans l'ensemble des propriétés foncières que réside la source de toutes les richesses nationales et la consistance territoriale du pays : ce qui implique plutôt que leurs titulaires soient considérés comme les seuls membres de la collectivité souveraine. Mais, en même temps, Lally-Tolendal précise aussi qu'il faut réserver l'électorat aux propriétaires, parce qu'on peut présumer leurs qualités morales, leur intérêt pour le bien public et l'étendue de leurs lumières (226) : ce qui implique plutôt chez eux une aptitude particulière à remplir une fonction politique au nom de la société tout entière.

Si on y regarde de plus près, il semble cependant qu'il soit possible de discerner une certaine évolution. Quand les monarchiens commencent à vouloir restreindre aux propriétaires la qualité d'électeur au premier degré ou de citoyen actif, dans les années 1790-1791, c'est en se fondant surtout sur un droit exclusif de souveraineté et le souci de tenir à l'écart la masse des individus qu'ils jugent maintenant trop turbulents et trop dangereux pour les associer au corps politique. Mais assez vite, vers 1792-1793, ils en viennent à considérer beaucoup plus les propriétaires, non comme les titulaires personnels d'un droit souverain, mais comme les simples organes d'une fonction électorale qu'ils exercent au nom d'un souverain auquel ils sont subordonnés. C'est d'ailleurs ce second point de vue qui semble finalement prédominer chez Lally-Tolendal lui-même en 1797, puisque celui-ci admet, au moins à titre exceptionnel, que la compétence électorale soit reconnue aussi au profit de personnalités "soit de grandes vertus éprouvées, soit de grands talents purement employés" (227), en dehors de toute condition de propriété.

C'est ainsi qu'on voit d'abord les monarchiens soutenir que "ce sont toujours dans un empire les propriétaires du sol qui en sont les véritables citoyens" (228), et que "la nation est dans les propriétaires" (229). Pour eux,

(223) Cf. en particulier ainsi Malouet, *Lettres au Comité de Constitution*, op. cit., p. 176 à 184, Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 264 à 266.

(224) Cf. Lally-Tolendal, *Défense des émigrés français*, op. cit., t. I, p. 17 et 18 en note.

(225) Lally-Tolendal, *Défense des émigrés français*, op. cit., t. II, p. 7.

(226) Cf. Lally-Tolendal, *Défense des émigrés français*, op. cit., t. II, p. 8 à 11.

(227) Lally-Tolendal, *Défense des émigrés français*, op. cit., t. II, p. 13 en note.

(228) Montlosier, *Grand discours que prononceront les commissaires...*, op. cit., p. 14.

en effet, comme l'expliquait Malouet à cette époque, "il n'y a point de souveraineté sans territoire, et la souveraineté primitive n'a pu appartenir qu'aux possesseurs du territoire. La souveraineté déléguée n'a pu l'être que par eux ; tous les droits politiques remontent à cette source, ou sont usurpés par la force" (230). Dès lors, les non-propriétaires peuvent bien se faire concéder certains droits par les propriétaires qui les accueillent sur le territoire national, et bénéficier ainsi d'une sorte de statut de membres associés, mais ils ne peuvent jamais devenir des membres à part entière du corps politique ; Montlosier l'avait déjà bien dit, quoique dans une perspective un peu élargie :

"Les célibataires, les hommes sans domicile, sans propriété, ne peuvent pas non plus être regardés comme ayant un intérêt suffisant dans l'association, ils peuvent tenir, il est vrai, à la société par des relations d'affaires, de convenance, ou de plaisir ; mais l'homme marié et le propriétaire sont les seuls qui y tiennent par des attaches véritables" (231).

Ce qui obscurcit un peu cette conception qui semble avoir été un moment celle des monarchiens, c'est que tout en faisant des propriétaires les seuls titulaires de la souveraineté, ils insistaient sur le bénéfice que devaient en tirer les non-propriétaires, et la garantie des droits civils qui devait en résulter pour ces derniers. Mais on doit remarquer qu'ils ne prétendaient pas pour autant alors que les propriétaires n'auraient fait qu'exercer une fonction politique dans l'intérêt de la société tout entière, mais simplement que ce n'était pas leur propre intérêt d'opprimer les non propriétaires. Ainsi que l'expliquait Malouet, les propriétaires souverains sur le territoire ont besoin du travail des non propriétaires ; ils doivent donc pour les retenir leur donner suffisamment de satisfactions, ou même leur concéder une certaine influence politique : "ils ont intérêt à ce qu'ils restent auxiliaires, et non pas ennemis" (232). C'est ce que Malouet exprimait encore en mettant ces mots dans la bouche de ces titulaires originaires de la souveraineté :

"Maîtres du territoire, nous avons intérêt à sa bonne administration et à sa défense. Moins nombreux que nos auxiliaires, nous avons intérêt à ce qu'ils éprouvent les avantages et surtout le besoin de la protection sociale : nous modifions donc l'exercice de notre liberté politique de telle manière que, s'ils ont moins que nous en influence sur nos propriétés, ils aient autant en jouissance de la liberté civile" (233).

En réalité les monarchiens n'ont pas défendu longtemps cette position. On peut même dire qu'ils ne sont jamais vraiment allés jusqu'au bout de sa logique, et qu'ils n'ont jamais complètement cessé de l'associer à l'idée que les droits politiques dont jouissent les propriétaires demeurent aussi une fonction, qui a été instituée au profit de toute la population (234). Très vite ils renoncent à une démarche qui réduit ouvertement une grande partie des habitants à l'état de métèques, voire d'ilotes, tout en ne leur offrant qu'une

(229) Lally-Tolendal, *Post-scriptum d'une lettre à M. Burke*, op. cit., p. 20 ; Cf. aussi *Lettre au très honorable Edmund Burke*, op. cit., p. 15 et 35.

(230) Malouet, *Lettres au Comité de Constitution*, op. cit., p. 182 ; Cf. aussi Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 264 et 265.

(231) Montlosier, *Essai sur l'art de constituer les peuples*, op. cit., p. 37.

(232) Malouet, *Lettres au comité de Constitution*, op. cit., p. 183.

(233) Malouet, *Lettres au comité de Constitution*, op. cit., p. 180.

(234) Cf. ainsi Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 265 ; Malouet *Lettres au comité de Constitution*, op. cit., p. 179.

protection pour le moins aléatoire. Il y avait surtout, semble-t-il, une contradiction fondamentale entre cette conception qui supposait que les masses populaires se satisferaient volontiers de leur sort et s'associeraient délibérément à ce système de subordination, et le souci des monarchiens de trouver une théorie juridique qui permettrait au contraire de justifier la contrainte des possédants sur une population qui refusait précisément leur domination et s'insurgeait contre l'ordre établi. Prédomine alors chez eux l'idée que les propriétaires doivent être les seuls à exercer des droits politiques, parce qu'ils sont les seuls à avoir "les qualités requises pour remplir les fonctions de citoyens" (235). Mais la question demeure de savoir quelle est la nature exacte de cette fonction.

On pourrait croire que les monarchiens auraient développé leur nouvelle doctrine dans le prolongement de leur point de vue initial : les propriétaires auraient ainsi exercé une fonction au nom de la collectivité souveraine, conçue comme l'ensemble des citoyens adultes, ou éventuellement élargie à l'ensemble de la population, femmes et enfants inclus (236). Cette conception semble d'ailleurs impliquée par la pensée souvent reprise, que les individus se sont associés dans le but d'obtenir la protection de leurs droits civils, tandis que les droits politiques ne constituent qu'un simple moyen que la société organise et distribue au mieux à cette fin (237). Dans cette perspective, les propriétaires seraient devenus les représentants de la nation, en tant qu'électeurs au premier degré, de la même façon qu'ils l'étaient auparavant, en tant qu'électeurs au second degré ou en tant qu'élus à l'Assemblée législative.

Mais la réalité paraît plus complexe. Le recul de l'idée que les propriétaires sont les titulaires de la souveraineté, au profit de l'idée qu'ils ne font qu'exercer une fonction, est lié en effet chez les monarchiens à l'abandon de la souveraineté de la volonté générale au profit de la souveraineté de la raison. Aussi les propriétaires ne sont plus considérés comme les représentants de la nation, mais comme ceux de la raison, dont ils constituent l'organe privilégié, du fait de l'étendue présumée de leurs lumières et de la coïncidence de leur intérêt avec l'intérêt général. Cette théorie de la souveraineté de la raison est déjà entièrement élaborée dès 1792 (238), et les monarchiens lui resteront désormais fidèles (239). C'est ainsi que Bergasse, qui en avait fait le thème essentiel du manuscrit inédit qu'il avait écrit à cette époque, pourra encore s'en prévaloir en publiant celui-ci sous la Restauration (240).

(235) Mounier, *Recherches sur les causes ...*, op. cit., t. II, p. 155 ; cf. aussi, idem, p. 251 ; Adolphe ..., op. cit., p. 37.

(236) Cf. ainsi Mounier, *Adolphe ...*, op. cit., p. 36 et 37.

(237) Cf. ainsi Montlosier, *Essai sur l'art de constituer les peuples*, op. cit., p. 36 et 51 ; Malouet, *Archives parlementaires*, t. 29, 8 août 1791, p. 275 ; Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 266 ; Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. I, p. 2 et 3 ; Adolphe ..., op. cit., p. 36, 38 et 58 ; *De l'influence attribuée aux philosophes...*, op. cit., p. 242 et 243.

(238) Cf. en particulier Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. II, p. 156.

(239) Cf. par exemple Mallet du Pan, *Correspondance politique...*, op. cit., p. XIX.

(240) Cf. Bergasse, *Essai sur la loi, sur la souveraineté, et sur la liberté de manifester ses pensées*, 2e éd., 1817, p. 1 à 85.

B - LA SOUVERAINETÉ DE LA RAISON

Quand les monarchiens en viennent à considérer les propriétaires, non plus comme les titulaires de la souveraineté, ni même comme les organes de la collectivité nationale souveraine, mais seulement comme les organes de la raison, il ne reste plus grand chose de l'idée de volonté générale qu'ils avaient d'abord empruntée, comme la majorité de leurs contemporains, à la doctrine de Rousseau. Cette dernière supposait en effet la souveraineté indivise de tous les adhérents au contrat social, supposés capables d'exprimer directement leur volonté commune, ou tout au moins dans les versions édulcorées, de le faire par l'intermédiaire de leurs représentants. Or, il ne s'agit plus maintenant pour les monarchiens de connaître la volonté réelle ou fictive de cette entité -ce qui a d'ailleurs l'immense avantage d'éviter d'avoir encore à trop s'interroger sur sa consistance exacte- mais de savoir ce qui est raisonnable pour elle. Dès lors, celle-ci, de souveraine, redevient sujette ; la loi n'est plus l'expression de la volonté générale mais uniquement la règle à laquelle la raison commande à tous de se soumettre, car :

"Si la souveraineté est la suprême puissance établie pour dicter des lois d'après les principes de la raison et de la justice et pour en assurer l'exécution, il est évident que le peuple doit être réglé lui-même par cette suprême puissance" (241).

C'est pourquoi, loin de vouloir lui en confier l'exercice, on doit "au contraire, placer le peuple à une distance respectueuse de la véritable souveraineté, la seule indélébile, universelle, irrésistible, la souveraineté de la raison appuyée par la force" (242). Mais si la volonté générale doit être refusée, se pose alors la question de savoir quel pourra être le critère de cette justice et de cette raison. Si en effet, les propriétaires ne sont que les organes de la raison souveraine, ils ne disposent pas eux-mêmes d'aucune souveraineté et l'exercice de leur compétence est lui-même soumis à cette raison. Il faut donc, pour les monarchiens, déterminer les conditions qui seront susceptibles de faire émerger et reconnaître la justice et la raison au sein de la communauté nationale.

1° - La volonté générale et la raison

On doit remarquer tout d'abord que le passage de la théorie de la volonté générale, à celle de la souveraineté de la raison, s'est fait très progressivement chez les monarchiens. Dans une première phase, qui commence dès le début de leur engagement politique, ils insistent déjà sur la subordination de cette volonté des citoyens à la raison, bien qu'ils ne mettent encore nullement en cause le principe politique de sa souveraineté. Ce n'est que dans une seconde période qui ne commence pas avant 1790, qu'ils vont de plus en plus mettre l'accent sur l'opposition de la volonté générale à la raison, au point de finir par condamner radicalement "les absurdes maximes"

(241) Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. II, p. 156.

(242) Malouet, *Lettres au Comité de Constitution*, op. cit., p. 184 et 185 ; Cf. aussi *Lettre à M. de Lally-Tolendal*, op. cit., p. 23.

de ceux qui publiaient "conformément à la doctrine de J.-J. Rousseau que la volonté générale était la loi et que la nation était souveraine" (243).

Dès l'origine, les monarchiens précisaient bien qu'ils n'acceptaient de définir "la loi l'expression de la volonté générale parce que la volonté générale manifestée ne peut être autre chose que l'expression de la raison", car "il n'y a que la raison universelle qui ait le droit de commander ; c'est en elle seule que réside la souveraineté véritable" (244). S'ils estimaient ainsi que la volonté commune de toute la collectivité pouvait servir de critère pour déterminer ce qui est juste et raisonnable, c'est parce qu'ils pensaient que l'accord de tous les esprits ne pouvait se réaliser que sur cette base, car "chaque homme ne s'unit au bien général que par sa raison, tandis que ses passions l'en éloignent" (245). Ils croyaient, en outre, que la raison s'imposerait ainsi assez facilement, car "il y a dans la raison une force souveraine, contre laquelle toutes les autres forces sont impuissantes" (246). Il était donc finalement légitime à leurs yeux de situer dans l'ensemble des citoyens ou de leurs représentants la compétence législative, puisque "Dieu en donnant aux hommes la faculté d'être unanimes sur la morale, leur a permis de faire des lois sur la morale" (247), contrairement à ce qui est le cas en matière religieuse, où s'impose de ce fait la liberté de conscience.

Dans ces conditions, les monarchiens pouvaient facilement être tentés d'inverser le raisonnement. Après avoir fait de la volonté générale le critère de la justice et de la raison, ils ont subordonné la volonté générale à ce qu'ils estimaient juste et raisonnable. Après avoir dit que la volonté générale était souveraine parce qu'elle était conforme à la justice et à la raison, ils diront aussi qu'elle ne peut être souveraine qu'à condition d'"être conforme à cette raison universelle, à cette justice immuable à laquelle il faut que les peuples obéissent" (248). Dès lors, les monarchiens pourront soutenir que la volonté générale n'a pas une valeur absolue, "que le peuple n'a point de droits contraires à son bonheur, et que l'on confond trop souvent sa force et sa puissance avec ses droits" (249). Pour eux, il n'y a pas en effet de volonté générale susceptible de porter atteinte aux droits que les individus ont voulu garantir en se mettant en société, à savoir leur liberté et leur propriété (250), car "les principes de la justice naturelle doivent être respectés par la société entière, même envers le dernier des individus" (251).

Allant finalement plus loin encore, les monarchiens ne se contenteront pas d'affirmer que la volonté générale doit être conforme à la raison, mais aussi qu'elle ne doit rien faire d'autre qu'exprimer cette raison, et

(243) Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. II, p. 155 ; Cf. aussi, un peu plus tard, mais avec en outre, la condamnation de l'idée de contrat social : Mallet du Pan, *Correspondance politique...*, op. cit., p. XIX.

(244) Bergasse, *Archives parlementaires*, t. 9, 22 septembre 1789, p. 114.

(245) Malouet, *Archives parlementaires*, t. 29, 8 août 1791, p. 276.

(246) Bergasse, *Archives parlementaires*, t. 8, 15 juin 1789, p. 116.

(247) Clermont-Tonnerre, *Archives parlementaires*, t. 10, 23 décembre 1789, p. 755.

(248) Clermont-Tonnerre, *Réponse sommaire à quelques objections de M. Barnave, Œuvres complètes*, t. II, p. 291. Cf. aussi Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 4 septembre 1789, p. 563 ; Bergasse, idem, t. 9, 22 septembre 1789, p. 114 ; Malouet, idem, t. 29, 8 août 1791, p. 276 ; Mallet du Pan, *Mercure de France*, 24 octobre 1789, p. 213.

(249) Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 12 août 1789, p. 421. On pourra mesurer la différence avec Rousseau, *Du contrat social*, L. II, ch. XII.

(250) Cf. en particulier Montlosier, *Sur la loi contre les émigrations*, op. cit., p. 12.

(251) Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. II, p. 182.

que les lois positives ne doivent être rien d'autre qu'une traduction des lois naturelles. Tout en maintenant que "la loi est l'expression de la volonté nationale", Clermont-Tonnerre disait ainsi nettement que "la loi ne peut jamais créer : elle ne fait que consacrer les véritables droits préexistants, les vrais rapports naturels, et les rapports non moins vrais qui résultent de la sécurité et du développement paisible des premiers. Toute loi qui va au-delà et qui prétend créer, opprime et n'est pas une loi" (252).

Après avoir soumis la volonté générale à des conditions si draconiennes, les monarchiens devaient fatalement abandonner cette notion, (même si ce n'est que de façon très abusive que certains d'entre eux allèrent jusqu'à prétendre ne jamais l'avoir acceptée (253)). Elle cessait d'abord pour eux d'être la volonté souveraine pour ne plus en être que le critère, car "quoique la loi positive ne soit obligatoire que lorsque les peuples l'ont consentie, ce n'est pas précisément parce que les peuples la consentent, mais parce qu'ils la reconnaissent par ce consentement comme l'expression de la raison essentielle, qu'elle est obligatoire" (254). Mais ils finissaient par douter surtout qu'elle puisse constituer un tel critère, et ils en arrivaient à considérer que "même dans le système de Rousseau la loi serait mieux définie, l'expression de la justice et de la raison publique ; car la volonté générale peut être injuste et passionnée, et la loi ne doit jamais l'être" (255). Cette inaptitude tenait en partie aux circonstances, mais plus fondamentalement aussi à la nature même de la volonté générale.

Sans nier encore la nécessité de se soumettre à la volonté générale, les monarchiens se persuadèrent très tôt qu'il n'y avait pas d'espoir de la faire prévaloir dans des circonstances aussi troublées que celles de la Révolution, quand les voix de la justice et de la raison sont étouffées par les passions, la terreur et l'influence des démagogues, dans ce temps "d'une fermentation générale, d'un délire universel, qui réduit au silence une multitude d'hommes timides, mais éclairés, et laisse à peine entendre le petit nombre de ceux qui osent élever la voix au milieu des clameurs et des injures" (256). Ainsi, ils ne doutaient pas que les cahiers des États généraux aient vraiment exprimé cette volonté générale souveraine, car ils "avaient été rédigés sous l'autorité de la loi, au sein de la liberté, dans le calme de la réflexion, au milieu de l'espérance et de la sécurité publique" (257). Mais à l'inverse, ils se refusaient à reconnaître cette volonté dans l'insurrection d'Avignon (258), ou plus généralement dans toutes les décisions attribuées par leurs adversaires au

(252) Clermont-Tonnerre, *Archives parlementaires*, t. 9, 23 octobre 1789, p. 496 ; Cf. aussi Montlosier, *Sur la loi contre les émigrations*, op. cit., p. 14 ; Bergasse, *Essai sur la loi...*, op. cit., p. 3 à 7.

(253) Cf. en particulier Lally-Tolendal, *Réponse à M. l'abbé D.*, 1793, p. 25.

(254) Bergasse, *Essai sur la loi...*, op. cit., p. 8 ; Cf. aussi, idem, p. 68.

(255) Malouet, *Archives parlementaires*, t. 29, 8 août 1791, p. 276 ; Cf. aussi, *Lettre à M. de Lally-Tolendal*, op. cit., p. 23 ; *Réponse à M. XXX*, op. cit., p. 10 ; Mallet du Pan, *Considérations sur la nature de la Révolution de France*, 1793, p. 7.

(256) Malouet, *Archives parlementaires*, t. 29, 1er août 1791, p. 98 ; Cf. aussi Clermont-Tonnerre, idem, t. 23, 27 février 1791, p. 522 ; Lally-Tolendal, *Lettre au très honorable Edmund Burke*, op. cit., p. 15 ; Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. II, p. 182.

(257) Lally-Tolendal, *Lettre au très honorable Edmund Burke*, op. cit., p. 15.

(258) Cf. en particulier Clermont-Tonnerre, *Archives parlementaires*, t. 20, 20 novembre 1790, p. 562 ; Malouet, idem, t. 25, 2 mai 1791, p. 497.

peuple français, car "il n'y a point de vœu certain, éclairé, universel, pendant le cours d'une Révolution " (259).

Si ces considérations ne mettaient pas directement en cause l'existence de la volonté générale, elles tendaient cependant déjà à beaucoup en affaiblir la portée, et à en faire une notion très difficilement opérationnelle. C'est ce qu'avouait implicitement Clermont-Tonnerre, en reconnaissant qu'"il y a donc ici deux écueils à éviter : celui de céder rapidement au vœu national, quand il n'est que le vœu d'une passion, et celui de résister opiniâtrement quand il est l'expression de la justice" (260). Mais, allant plus loin, les monarchiens mirent aussi en doute le principe lui-même et la capacité pour le peuple d'exprimer la justice et la raison, dans quelque circonstance que ce soit. C'est d'abord, et très rapidement, parce que, revenant sur leurs affirmations de la fin de l'année 1788 (261), ils ne croyaient plus que la grande masse de la population soit suffisamment sage et éclairée : "opprimée depuis longtemps, et vraiment malheureuse, la partie la plus considérable de la nation est hors d'état de s'unir aux combinaisons morales et politiques qui doivent nous élever à la meilleure Constitution" (262). C'est pourquoi, d'après eux, "il y a sûrement rien de plus fou que cette intervention de gens qui ne savent pas lire, dans la discussion des grandes questions de Constitution" (263), et cela d'autant plus que dans un grand État moderne, les problèmes politiques sont devenus beaucoup plus complexes, et l'inégalité des conditions beaucoup plus considérable (264). Mais c'est aussi, un peu plus tard, et de manière encore plus déterminante, parce qu'ils contestaient maintenant la possibilité même d'une volonté collective des citoyens, ainsi que l'expliquera clairement Bergasse :

"je ne sais pas s'ils se sont bien compris eux-mêmes, lorsqu'ils nous ont parlé de la volonté générale. Il me semble qu'il n'est pas besoin de réfléchir longtemps sur la nature de la volonté, pour demeurer convaincu qu'elle est essentiellement individuelle ou personnelle. Chaque homme a sa volonté propre, comme il a son intelligence et sa pensée ; et je ne pourrais croire à la volonté générale, qu'autant que sous toutes les intelligences, quelle qu'en soit la diversité, Dieu pour les mouvoir, n'aurait placé qu'une volonté unique. Or, comme il n'en n'est pas ainsi, qu'est-ce donc que cette volonté générale dont on nous parle tant, sinon une volonté entraînant ou dominante, qui empêche les autres volontés moins énergiques de se produire ?" (265).

(259) Malouet, *Archives parlementaires*, t. 30, 29 août 1791, p. 41.

(260) Clermont-Tonnerre, *Archives parlementaires*, t. 15, 18 mai 1790, p. 562. Cf. aussi Mounier, idem, t. 8, 4 septembre 1789, p. 563 ; Malouet, *Réponse à M. XXX*, op. cit., p. 14.

(261) Cf. ci-dessus note (136).

(262) Malouet, *Archives parlementaires*, t. 8, 1er août 1789, p. 323. Cf. aussi idem, t. 23, 26 février 1791, p. 535 en note ; *Lettre à ses commettants*, op. cit., p. 32 et 46.

(263) Malouet, *Lettre pour se défendre d'une accusation contre lui à l'Assemblée nationale le 21 novembre 1789*, *Collection des opinions*, op. cit., t. I, p. 116.

(264) Cf. Bergasse, *Essai sur la loi...*, op. cit., p. 41 et 44 ; Mallet du Pan, *Correspondance politique...*, op. cit., p. XX.

(265) Bergasse, *Essai sur la loi...*, op. cit., p. 38 ; on remarquera la différence avec les propos tenus en 1789 par Clermont-Tonnerre, voire par Bergasse lui-même : cf. ci-dessus notes (246) et (247).

2° - La diffusion de la raison

Si la volonté générale n'est que le réceptacle des passions politiques, si a fortiori elle n'est elle-même qu'une illusion, elle ne saurait servir à établir le règne de la justice et de la raison. Parvenus à cette conclusion, les monarchiens devaient trouver une alternative qui leur permette d'opposer avec succès au déferlement révolutionnaire, cette souveraineté de la raison dans laquelle ils plaçaient leurs derniers espoirs. Ils ont eu spontanément recours dans ce but aux propriétaires, appelés à s'unir pour la défense de l'ordre social menacé, au risque même de provoquer la guerre civile (266). Mais la prédominance des propriétaires leur semblait aussi s'imposer d'autant plus normalement, sur le plan juridique, qu'ils se demandaient de plus en plus "si tout l'ordre social ne repose pas sur les propriétés ; si celui qui possède n'a pas l'intérêt le plus évident au bonheur de celui qui consomme et de celui qui travaille, et si ces derniers, aveuglés par leurs passions, ne méconnaissent pas tous les jours l'intérêt qu'ils ont eux-mêmes à la tranquillité de l'autre" (267).

Pendant, si les propriétaires étaient ainsi promus au rang d'organes privilégiés de la raison souveraine, ils devaient en définitive lui demeurer soumis, puisqu'ils n'étaient pas eux-mêmes souverains. Ainsi que le disait Malouet, "ce n'est pas assez que la législation d'un empire ne soit confiée qu'aux propriétaires élus par le peuple" (268) ; il faut aussi découvrir un moyen qui donne l'assurance que c'est bien la justice et la raison qui prévaut toujours dans leurs délibérations. Les monarchiens ont cru un moment le trouver dans l'assentiment de l'opinion publique. Mais ils désespèrent bientôt de celle-ci, comme ils avaient déjà désespéré de la volonté générale, en prenant conscience qu'ils se heurtaient, dans un cas comme dans l'autre, au même obstacle rédhibitoire : à savoir que "les lois existent de toute éternité dans les rapports sacrés et essentiels des êtres, et non pas dans la volonté souvent corrompue et toujours versatile des hommes" (269). Faute de mieux, ils s'en remettent alors en dernier ressort au seul jeu des mécanismes institutionnels, afin de faire sagement mûrir les décisions et faire émerger la raison du débat politique.

Tout à la fois séduits et agacés par l'exemple de Necker (270), les monarchiens se sont laissés fasciner un temps par la force nouvelle de l'opinion. Convaincus que "l'opinion publique bien organisée est la première de toutes les puissances, la seule à laquelle on ne résiste pas" (271), ils insistent en particulier sur le fait que même le roi ne saurait longtemps lui tenir tête et qu'il n'y a donc aucun danger à confier à celui-ci un veto indéfini

(266) Cf. en particulier Malouet, *Mémoires*, op. cit., t. II, p. 125 et 276.

(267) Lally-Tolendal, *Quintus Capitolinus aux romains*, 1er novembre 1790, p. 46 ; Cf. aussi *Songe d'un anglais fidèle à sa patrie et à son roi*, 1793, p. 16 ; Malouet, *Archives parlementaires*, t. 29, 8 août 1791, p. 276 ; Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 265 et 266.

(268) Malouet, *Archives parlementaires*, t. 29, 8 août 1791, p. 276.

(269) Montlosier, *Sur la loi contre les émigrations*, op. cit., p. 14.

(270) Cf. déjà ainsi Mallet du Pan, *Lettre à Etienne Dumont*, du 19 novembre 1788, *Revue historique*, 1908, t. 97, p. 113.

(271) Bergasse, *Archives parlementaires*, t. 9, 22 septembre 1789, p. 120. Cf. aussi idem, t. 8, 15 juin 1789, p. 118 ; Malouet, *Avis à la noblesse*, op. cit., p. 5 ; La Luzerne, *Sur la forme d'opiner...*, op. cit., p. 19 ; Clermont-Tonnerre, *Discours à la société des amis de la Constitution monarchique*, op. cit., p. 38.

(272). Ils en viendront ainsi à se demander ouvertement "si ce n'est pas dans l'exercice de l'opinion publique que consiste la souveraineté d'un grand peuple" (273). Dès lors, ils se persuaderont facilement que c'est là que réside le véritable siège de la raison, beaucoup plus que dans une volonté générale dont l'expression électorale se confond avec le règne du nombre - d'où leur façon fréquente de s'adresser directement à cette opinion, pour faire appel de leurs échecs au sein des instances électives (274).

L'opinion publique a en effet pour les monarchiens le mérite de s'établir progressivement, ce qui favorise la maturation des idées, et celui de ne s'exprimer sur une question que si elle a véritablement un avis. Surtout, elle a sur la volonté générale l'avantage de ne pas attribuer une valeur égale à toutes les opinions individuelles, puisque l'influence de chacune de ces dernières dans sa formation est proportionnelle à leur sagesse : "il s'établit donc naturellement dans toutes les sociétés une classe dirigeante par ses opinions et c'est celle dont l'éducation, l'aisance et les méditations produisent des habitudes spéculatives et forment ainsi l'opinion publique" (275). Mais pour eux, "l'opinion publique n'est tout ce qu'elle doit être, elle ne devient l'expression naturelle de la vérité qu'autant qu'elle est parfaitement libre" (276) : d'où l'insistance des monarchiens sur la liberté de la presse (277), et aussi leurs critiques contre les moyens d'influence dont pourraient disposer les élus sur leurs électeurs, grâce auxquels "ils feraient l'opinion publique au lieu de la suivre" (278).

Pourtant, l'enthousiasme des monarchiens pour l'opinion publique va rapidement s'éteindre, bien qu'ils ne renonceront jamais complètement à cette notion et à l'importance qu'ils attachent de ce fait à la liberté de la presse (279). Ils feront d'abord remarquer que ce rôle que joue l'opinion publique au profit de la raison, se réduit aux très grandes questions de la politique générale, car elle n'est pas susceptible de se prononcer avec clairvoyance sur les détails de la législation (280). Mais ils constateront aussi de plus en plus avec amertume que "la véritable opinion publique", "l'opinion publique réfléchie, l'opinion publique qui prépare les lois", la seule qui puisse faire triompher la raison, est sans cesse supplantée par les "clameurs", par "l'opinion du moment", et par "les passions passagères auxquelles les peuples

(272) Cf. Malouet, *Archives parlementaires*, t. 8, 1er septembre 1789, p. 536 ; Mounier, idem, 4 septembre 1789, p. 564 ; Bergasse, idem, t. 9, 22 septembre 1789, p. 119 et 120.

(273) Bergasse, *Archives parlementaires*, t. 9, 22 septembre 1789, p. 120 ; Cf. aussi *Lettre à M. Dinocheau*, op. cit., p. 29 et 30.

(274) Cf. en particulier ainsi Mounier : *Appel au tribunal de l'opinion...*, op. cit. ; *Exposé de ma conduite...*, op. cit.. Cf. aussi Lally-Tolendal, *Seconde lettre à ses commettants*, op. cit. p. 3 ; *Défense des émigrés français*, op. cit., t. I, p. 9.

(275) Malouet, *Lettre à ses commettants*, op. cit., p. 31.

(276) Bergasse, *Archives parlementaires*, t. 9, 22 septembre 1789, p. 119 ; Cf. en particulier aussi Malouet, idem, t. 23, 26 février 1791, p. 531, et t. 29, 1er août 1791, p. 98. (277) Cf. en particulier Bergasse, *Archives parlementaires*, t. 9, 22 septembre 1789, p. 119 ; *Essai sur la loi...*, op. cit., p. 86 et suivantes.

(278) Clermont-Tonnerre, *Archives parlementaires*, t. 26, 18 mai 1791, p. 216 ; Cf. aussi Bergasse, idem, t. 9, 22 septembre 1789, p. 116 ; *Lettre à M. Dinocheau*, op. cit., p. 29 et 30.

(279) Cf. en particulier Mallet du Pan, *Mercurie britannique*, t. 4, 10 janvier 1800, p. 483 ; Mounier, *De l'influence attribuée aux philosophes...*, op. cit., p. 243 ; Bergasse, *Essai sur la loi...*, op. cit.

(280) Cf. Malouet, *Lettre à ses commettants*, op. cit., p. 31 ; *Archives parlementaires*, t. 23, 26 février 1791, p. 531, et p. 535 en note, et t. 29, 1er août 1791, p. 98.

sont aussi sujets que les individus" (281). C'est pourquoi, après avoir tant insisté sur la liberté d'opinion, les monarchiens seront aussi parmi les premiers à réclamer des restrictions à la liberté de la presse (282).

S'il n'y a plus guère à attendre en définitive de l'opinion publique, comment faire prévaloir la raison ? Il reste une solution à laquelle se rattachent les monarchiens : les institutions. C'est dans l'institutionnalisation des pouvoirs qu'ils placent leur ultime espoir de voir se réaliser la souveraineté des lois, conçues non plus comme l'expression de la volonté générale, mais comme celle de la justice et de la raison ; espoir quelque peu résigné et désabusé, puisqu'ils savent bien maintenant que "comme elles sont l'ouvrage des hommes, il ne faut pas prétendre qu'elles puissent toujours être parfaites" (283). Se fondant alors de plus en plus sur Montesquieu, qu'ils avaient parfois durement critiqué au début de leur carrière politique (284), reprenant en particulier ses idées sur la nécessité d'établir un gouvernement modéré (285), ils s'efforcent de montrer que le jeu des mécanismes institutionnels permet, d'une part, d'accroître la rationalité des décisions politiques, et d'autre part, d'éviter que qui que ce soit puisse prétendre agir en son propre nom, et substituer sa propre souveraineté à celle de la raison.

Des institutions stables, quelles qu'elles soient (286), constituent pour les monarchiens la condition première d'un exercice raisonnable du pouvoir ; pour eux, "on n'a jamais pu imaginer d'autres moyens pour faire prévaloir la raison que de faire passer les résolutions par divers obstacles" (287). C'est d'ailleurs une des raisons essentielles pour lesquelles ils se sont opposés dès l'origine à toute démocratie directe : dans celle-ci, en effet, faute d'une véritable institutionnalisation du pouvoir "la loi est sans force et ne saurait enchaîner la volonté du grand nombre dont rien ne peut modérer le despotisme" (288). Au contraire, le régime représentatif qui implique par nature une telle institutionnalisation, génère de ce fait des procédures de délibération propres à éviter des jugements inconsidérés, adoptés dans la précipitation (289), et permet d'établir la collaboration de différentes instances, pour prévenir la subjectivité et les passions inhérentes aux décisions solitaires (290). Cependant, ce qui importe surtout pour les

(281) Mallet du Pan, *Lettre à Etienne Dumont*, op. cit., p. 113 ; Clermont-Tonnerre, *Archives parlementaires*, t. 15, 7 mai 1790, p. 427, et 18 mai 1790, p. 562 ; Montlosier, *Sur la loi contre les émigrations*, op. cit., p. 11 à 13 ; Malouet, *Mémoires*, t. I, p. 297.

(282) Cf. en particulier Malouet, *Collection des opinions*, op. cit. t. II, p. 52 et suivantes.

(283) Mounier, *Adolphe...*, op. cit., p. 56.

(284) Cf. à ce sujet, R. Barny, *L'évolution idéologique de Jean-Joseph Mounier entre Rousseau et Montesquieu*, colloque de Vizille, 1984, Presse universitaire de Grenoble, 1987, p. 81 à 101.

(285) Cf. ainsi Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. I, p. 4 ; *Adolphe...*, op. cit., p. 62.

(286) Cf. ainsi Mounier, *Adolphe...*, op. cit., p. 56 et 57 ; *De l'influence attribuée aux philosophes...*, op. cit., p. 242 et 243.

(287) Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 4 septembre 1789, p. 563.

(288) Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 218.

(289) Cf. Boisgelin, *Considérations sur la paix publique*, 1791, *Œuvres*, 1818, p. 488 et 489 ; Clermont-Tonnerre, *Réponses sommaires...* op. cit., p. 291 ; Mounier, *Nouvelles Observations...*, op. cit., p. 265 ; *Archives parlementaires*, t. 8, 12 août 1789, p. 415 ; *Adolphe...*, op. cit., p. 78.

(290) Cf. Bergasse, *Archives parlementaires*, t. 9, 22 septembre 1789, p. 114 ; Malouet, idem, t. 29, 8 août 1791, p. 276 ; Mounier, idem, t. 8, 12 août 1789, p. 422 et 5 septembre 1789, p. 586 ; *Recherches sur les causes*, op. cit., t. I, p. 5 ; *Adolphe...*, op. cit., p. 62.

monarchiens, c'est que nulle autorité ne puisse exercer une compétence, si ce n'est en vertu d'une loi antérieure, car il y a dans la généralité de la loi une garantie de sagesse qui évitera que les mesures prises en vertu de celle-ci puissent devenir arbitraires (291).

Mais les institutions ne servent pas uniquement à "établir des barrières qui garantissent de l'abus du pouvoir" (292). Elles permettent aussi plus essentiellement de fonder la souveraineté de la seule raison, en empêchant qu'aucun titulaire de pouvoir ou d'autorité ne puisse se prétendre lui-même souverain. "La souveraineté n'est pas la propriété d'un homme" (293), mais elle n'est pas plus celle de la collectivité nationale, si l'un comme l'autre ne peuvent jamais agir en vertu d'un droit propre, mais uniquement dans le cadre des institutions et en vertu d'une compétence particulière attribuée par la loi : ainsi que l'explique bien Mallet du Pan, "confondant la souveraineté du peuple avec la souveraineté publique" les démocraties modernes ont fait un droit de ce qui fut une fonction, la loi seule est souveraine dans l'acceptation générale ; le pouvoir même qui la crée lui est subordonné" (294). S'il peut être souhaitable qu'ils disposent d'une certaine influence dans les mécanismes politiques, le peuple lui-même et ses représentants ne doivent exercer qu'un pouvoir partiel et limité, qui demeure soumis au règne de la loi (295).

Les lois positives s'inscrivent ainsi dans une chaîne indéfinie, qu'il faut bien se garder de rompre, et dont il est peu souhaitable de retrouver les origines. Les institutions existantes, du seul fait de cette existence, sont un rempart contre la déraison ; secondées par le temps qui assure un progrès inexorable des lumières (296), elles sont le filtre à travers lequel on doit croire -jusqu'à preuve évidente du contraire- que s'incarne cette raison, qui constitue le souverain ultime auquel doivent se soumettre toutes les choses humaines. Le peuple ne saurait donc les contester, et moins encore s'imaginer qu'il est libre de les changer à sa guise, car "si la souveraineté est la suprême puissance établie pour dicter des lois d'après les principes de la raison et de la justice et pour en assurer l'exécution, il est évident que le peuple doit être régi lui-même par cette suprême puissance, que le dernier excès de la tyrannie peut seul le dispenser de la soumission envers le souverain, quelle que soit la forme du gouvernement" (297). C'est ainsi par exemple que la population d'Avignon ne pouvait pas se révolter légitimement contre la papauté, puisque "le prince dans une monarchie, tant qu'il observe les lois, a des droits sacrés à la fidélité des sujets" (298). D'où la conclusion de Mounier, au terme de

(291) Cf. Clermont-Tonnerre, *Réponses sommaires...*, op. cit., p. 291 à 293 ; Mounier, *Nouvelles observations...*, op. cit., p. 182 et 183 ; *Recherches sur les causes...*, op. cit. t. I, p. 1 ; Adolphe, op. cit., p. 56 ; *De l'influence attribuée aux philosophes...*, op. cit., p. 242 et 243.

(292) Mounier, *De l'influence attribuée aux philosophes...*, op. cit. p. 3 ; cf. aussi Malouet, *Réponse à M. XXX*, op. cit., p. 14.

(293) Malouet, *Lettres au comité de Constitution*, op. cit., p. 184.

(294) Mallet du Pan, *Correspondance politique...*, op. cit., p. XIX.

(295) Cf. en particulier Mounier, *Adolphe...*, op. cit., p. 63, 73 et 77.

(296) Cf. Mounier, *De l'influence attribuée aux philosophes...*, op. cit., p. 117, 240 et 242 ; Malouet, *Réponse à M. XXX*, op. cit., p. 2 à 6.

(297) Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit. t. II, p. 156 ; cf. aussi Malouet, *Archives parlementaires*, t. 25, 2 mai 1791, p. 497.

(298) Malouet, *Archives parlementaires*, t. 18, 27 août 1790, p. 371.

douze années d'expérience révolutionnaire, qui résonne un peu comme son testament politique et la confession de ses erreurs passées :

"Dites aux peuples que tout gouvernement établi est légitime, même celui qui doit son origine à des conquêtes, dès qu'il est devenu nécessaire au repos et à l'ordre public, dès qu'il est le conservateur des propriétés, le défenseur de la liberté personnelle. Dites leur qu'un des droits les plus essentiels des citoyens est de dénoncer les abus de l'administration et les vices des lois, sans cesser de leur obéir, sans s'écarter du respect qu'on doit aux magistrats qu'il est même un devoir de dire la vérité au risque de s'exposer à d'injustes ressentiments, que tôt ou tard, cette vérité devient utile, mais qu'il serait criminel de vouloir en hâter le triomphe par la violence et qu'il faudrait une oppression bien cruelle, pour que les maux qu'elle produirait puissent égaler ceux qui sont la suite inévitable d'une révolution tumultueuse dans les institutions politiques" (299).

CONCLUSION

Entre le début et la fin de la Révolution, les monarchiens sont donc passés d'une conception positive et profondément optimiste de la volonté générale, à une conception beaucoup plus négative et en réalité très pessimiste de la souveraineté de la raison ; ils sont ainsi passés du point de vue qui était celui de Rousseau, à celui qui sera bientôt adopté par Royer-Collard. Il convient cependant de nuancer un peu ce constat, en marquant bien les limites de leur évolution. Il est en effet un aspect de leur pensée sur lequel les monarchiens s'opposaient dès l'origine aux idées de Rousseau : c'est le régime représentatif, qu'ils entendaient associer au principe de la souveraineté de la volonté générale. A l'inverse, il en est un autre sur lequel la plupart d'entre eux conserveront jusqu'au bout une position très proche de la sienne : c'est la notion de contrat social, qu'ils persistent à combiner avec la souveraineté de la raison. Ils ménageaient de cette façon dès le départ une certaine place pour la souveraineté de la raison, tandis qu'ils préserveront jusqu'à la fin une certaine souveraineté résiduelle de la volonté générale.

Les monarchiens ont toujours soutenu la nécessité d'établir un régime représentatif, arguant même "de J.-J. Rousseau qui, par la définition qu'il a donné des conditions nécessaires de la démocratie, l'a proscrite, à jamais du milieu de nous" (300). Cette démocratie -nécessairement comprise à cette époque comme une démocratie directe- leur semblait en effet non seulement impossible dans un grand État moderne comme la France, mais encore vouée en toute hypothèse à la démagogie et à l'anarchie (301). Mais les monarchiens s'opposaient en même temps à la majorité constitutionnelle qui considérait, à la suite de Sieyès, que la volonté générale souveraine pouvait aussi se manifester par représentation. Se fondant encore sur

(299) Mounier, *De l'influence attribuée aux philosophes...*, op. cit. p. 244 ; cf. déjà de même Adolphe..., op. cit., p. 85 et 86.

(300) Mallet du Pan, *Mercure de France*, 27 novembre 1790, p. 297 ; cf. aussi Mounier, *Exposé de ma conduite...*, op. cit., p. 98 à 100.

(301) Cf. en particulier Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 12 août 1789, p. 407 à 409 ; *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. II, p. 151 et 152.

Rousseau, qui avait montré que la volonté ne peut ni se déléguer ni se transmettre (302), ils s'en prenaient à ceux qui n'ont "que trop souvent confondu et voulu confondre la nation avec ses représentants" (303), et qui ne veulent pas reconnaître que ces derniers, loin d'exprimer la volonté générale elle-même, n'en donnent que "des approximations" (304), dont il peut être nécessaire de vérifier l'authenticité par une ratification populaire, exactement comme c'était le cas pour les propositions du grand législateur dans le *Contrat social* (305).

Les monarchiens avaient alors beau jeu pour dénoncer le "cercle vicieux" d'une Constitution purement représentative qui, tout en proclamant la souveraineté du peuple, ne permettait jamais à celui-ci de l'exercer, ne serait-ce que pour approuver cette Constitution (306). Mais il faut bien reconnaître que, dans leur propre système représentatif, la volonté générale était largement reléguée à l'arrière plan et n'avait plus grand chose à voir avec la volonté générale perpétuellement en exercice qui résultait de la démocratie directe de Rousseau. Ils considéraient certes que la véritable volonté générale pourrait être directement connue, notamment par l'expression des citoyens réunis dans les assemblées primaires, ou même à l'occasion d'une insurrection générale (307). Ils considéraient aussi qu'il était parfois nécessaire de s'y référer expressément, en particulier pour l'approbation de la Constitution (308). Mais c'était là pour eux un recours ultime qui devait demeurer exceptionnel, voire pour certains d'entre eux le plus exceptionnel possible (309), et qui rendait la souveraineté de la volonté générale extrêmement virtuelle. On comprend, dans ces conditions, que les monarchiens aient déjà insisté parallèlement sur la nécessité pour les représentants de se soumettre à la justice et à la raison.

Si on examine maintenant les périodes ultérieures de la Révolution, on constate à l'inverse, que l'affirmation de la souveraineté de la raison ne constituait pas pour les monarchiens une rupture complète avec leurs positions initiales. Alors même qu'ils critiquaient de plus en plus ouvertement Rousseau et son *Contrat social*, "le plus mauvais ouvrage qu'on ait écrit sur les gouvernements" (310), alors qu'ils en voulaient plus encore à ses disciples révolutionnaires, qui n'avaient pas su appliquer raisonnablement

(302) Cf. Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 160 ; Malouet, *Archives parlementaires*, t. 29, 8 août 1791, p. 276 ; Mounier, *Adolphe...*, op. cit., p. 47.

(303) Clermont-Tonnerre, *Avertissement...*, op. cit., p. 268.

(304) Clermont-Tonnerre, *Archives parlementaires*, t. 26, 18 mai 1791, p. 216.

(305) Cf. Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 276 à 279.

(306) Cf. ainsi Bergasse, *Réflexions sur le projet de Constitution présenté à l'Assemblée nationale*, p. 8 ; Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 235 ; Malouet, *Archives parlementaires*, t. 29, 8 août 1791, p. 275.

(307) Cf. Malouet, *Archives parlementaires*, t. 25, 9 mai 1791, p. 496 et 497 ; Mounier, idem, t. 8, 19 août 1789, p. 421 ; *Adolphe...*, op. cit., p. 86 à 88.

(308) Cf. Bergasse, *Archives parlementaires*, t. 9, 22 septembre 1789, p. 105 en note ; *Réflexions sur le projet de Constitution...*, op. cit., p. 8 ; *Lettre relative au serment de la Constitution...*, op. cit., p. 7 et 8 ; Clermont-Tonnerre, *Archives parlementaires*, t. 15, 4 mai 1790, p. 382 ; *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 230, 275 et 276 ; Malouet, *Archives parlementaires*, t. 30, 29 août 1791, p. 43, et 30 août 1791, p. 64.

(309) Cf. Mounier, *Archives parlementaires*, t. 8, 12 août 1789, p. 410, 414 et 421.

(310) Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. II, p. 150. Cf. en particulier aussi Mallet du Pan, *Considérations sur la nature de la Révolution...*, op. cit., p. 7 ; *Correspondance politique...*, op. cit., p. XIX ; *Mercure britannique*, t. 2, 10 mars 1799, p. 360 à 363.

les idées de leur maître (311), les monarchiens demeuraient le plus souvent fidèles au point de départ de toute sa doctrine, à savoir cette notion de contrat social. Celle-ci continuait toujours pour eux à donner naissance à une société politique qui repose fondamentalement sur la volonté et la libre adhésion de chacun de ses membres. Dès lors, la souveraineté de la raison devait se concilier plus ou moins explicitement dans leur esprit, avec certains éléments résiduels de la volonté générale, sous la forme d'une souveraineté d'origine et surtout d'une souveraineté d'adhésion.

Les monarchiens prétendront désormais "qu'il n'a jamais existé de nation souveraine, c'est-à-dire, de nation, dont le plus grand nombre d'individus possèdent en corps la réunion de tous les pouvoirs" (312). Mais ils maintiendront pourtant que "la souveraineté dans son origine émane du consentement du peuple" (313). Ils demeuraient donc attachés à une conception fondatrice de la volonté générale car, pour eux, "la société n'a pu commencer dans aucune société politique, que par le consentement unanime de tous ceux qui formaient l'association" (314). En ce sens, ils n'ont jamais répudié la formule déjà très restrictive, que Mounier avait fait adopter à l'article 3 de la Déclaration des droits, et selon laquelle ce n'est que "le principe de toute souveraineté" qui "réside essentiellement dans la nation" (315). Mais cette souveraineté d'origine constitue un postulat d'autant plus hypothétique, qu'elle est souvent délibérément rejetée dans un passé lointain ; ainsi que le précisait Mounier, "au lieu de parler du consentement du peuple, il serait plus exact de parler de celui des premiers fondateurs du corps social" (316).

La souveraineté d'adhésion de la collectivité conservera toujours pour les monarchiens un caractère beaucoup plus tangible. La raison, toute souveraine qu'elle soit à leurs yeux, a besoin en effet d'être reconnue pour s'imposer. Ce n'est pas la volonté générale qui fait souverainement la loi, puisque celle-ci doit être conforme à la justice et à la raison ; mais il faut que cette rationalité de la loi soit admise par l'ensemble des citoyens. On doit rendre la volonté du législateur "conforme à cette raison universelle, à cette justice immuable à laquelle il faut que les peuples obéissent quand ils ne veulent pas être malheureux" (317) ; encore faut-il que ces derniers la ratifient par leur adhésion. C'est ainsi jusqu'à Bergasse lui-même, pourtant si réticent à l'égard des notions de contrat social et de volonté générale, qui insistera encore sur la nécessité d'un consentement de représentants de la nation à la loi, "parce que le peuple a une conscience comme le législateur, et qu'il est naturel qu'il acquière par les hommes dans lesquels il se confie, la

(311) Cf. Lally-Tolendal, *Seconde lettre à ses commettants*, op. cit. p. 7 ; *Défense des émigrés français*, op. cit., t. I, p. 77 et 303 ; Malouet, *Archives parlementaires*, t. 29, 8 août 1791, p. 276 ; Mounier, *Adolphe...*, op. cit., p. 96 et s. ; *De l'influence attribuée aux philosophes...*, op. cit., p. 119 et 120.

(312) Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. II, p. 157.

(313) Mounier, *Adolphe...*, op. cit., p. 34 ; cf. aussi *Recherches sur les causes...*, op. cit., t. II, p. 156.

(314) Mounier, *Adolphe...*, op. cit., p. 33.

(315) Cf. *Archives parlementaires*, t. 8, 21 août 1789, p. 463 ; cf. en particulier aussi Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée...*, op. cit., p. 147.

(316) Mounier, *Adolphe...*, op. cit., p. 34.

(317) Clermont-Tonnerre, *Réponses sommaires...*, op. cit., p. 291. Cf. aussi Bergasse, *Essai sur la loi...*, op. cit., p. 3 à 7 ; Malouet, *Réponse à M. XXX*, op. cit., p. 14 ; Mounier, *Recherches sur les causes...*, op. cit. t. II, p. 155.

présomption que ce que le législateur lui prescrit est aussi ce que sa conscience lui commande" (318). Cependant, celui-ci prétendait en même temps écarter toute idée de souveraineté du peuple, en prenant soin de préciser que "ce n'est pas précisément parce que les peuples la consentent, mais parce qu'ils la reconnaissent par ce consentement comme l'expression de la raison universelle, qu'elle est obligatoire" (319).

Compte tenu de ces deux restrictions, l'évolution des monarchiens au cours de la Révolution est peut-être plus en définitive affaire d'accentuation, de développement de virtualités, de réajustement de l'objectif, que de véritable changement. Mais il n'en reste pas moins qu'une fois parvenus à son terme, et malgré les dernières réticences de Mallet du Pan (320), tout les préparait à reconnaître dans la Constitution de l'an VIII, cette combinaison qu'ils avaient toujours appelés de leurs vœux, d'un gouvernement fort avec -à défaut de la monarchie limitée- tout au moins un pouvoir limité. Tout leur laissait espérer que le nouveau régime saurait établir le règne de la raison et de la modération. Celui-ci ne pourrait certes pas se prévaloir d'institutions anciennes et bien polies par le temps. Mais il avait su multiplier les mécanismes propres à assurer une sage maturation des décisions politiques : rôle consultatif des deuxième et troisième consuls, Conseil d'État, Sénat conservateur, bicaméralisme, garanties constitutionnelles de la sûreté des personnes.... ; en outre, il préservait cette double souveraineté d'origine et d'adhésion, à travers le plébiscite et le système des listes de confiance. A vrai dire, les monarchiens ne pouvaient plus rien trouver à redire à la nouvelle formule de leur vieil adversaire Sieyès, selon lequel "la confiance vient d'en bas, le pouvoir vient d'en haut" ; dès lors, ils étaient disposés à partager un temps avec celui-ci les mêmes illusions.

RÉSUMÉ

L'évolution des monarchiens au cours de la Révolution permet de comprendre le passage de conceptions encore très marquées par le XVIIIe siècle et l'influence de Rousseau, à celles qui seront bientôt adoptées par les doctrinaires sous la Restauration. Partis des notions de contrat social et de volonté générale, ayant rapidement abandonné la seconde, sans d'ailleurs renoncer le plus souvent pour autant à la première, ce n'est qu'avec beaucoup de difficultés qu'ils ont finalement dégagé l'idée de la souveraineté de la raison.

(318) Bergasse, *Essai sur la loi...*, op. cit., p. 68.

(319) Bergasse, *Essai sur la loi...*, op. cit., p. 8.

(320) Mallet du Pan, *Mercure britannique*, t. 2, 10 janvier 1800, p. 471 à 505.

RÉVISER LA CONSTITUTION

Par

Michel LASCOMBE

*Professeur à l'Université de Lille II -
Chercheur au C.R.A.P.S. - URA CNRS 982*

Notre actuelle Constitution se trouve être dans l'histoire Constitutionnelle française la seconde en longévité. En effet, hormis les lois constitutionnelles de 1875 qui tiennent encore la première place avec une durée de 65 ans, nulle autre Constitution n'a dépassé 20 années d'existence. Ainsi, avec plus de trente ans d'application la Constitution de 1958 apparaît comme stable et ce d'autant plus qu'il n'est plus guère de partis politiques ou même d'homme politique qui proposent sérieusement d'en changer.

A quoi doit-elle cette exceptionnelle durée alors même que l'on s'accordait souvent à penser en 1958 que la nouvelle Constitution n'était que provisoire ?

Il nous semble que cette longévité s'explique par la souplesse des institutions actuelles, par les possibilités qu'elles offrent de s'adapter à différentes situations si ce n'est même à des situations différentes voire opposées. Cette faculté d'adaptation qui permet selon nous de moduler la réponse institutionnelle sans être obligé d'abroger les institutions, est la qualité essentielle qu'il faut attribuer au texte de 1958.

Cette adaptabilité prend diverses formes : multiplicité des lectures possibles et donc des pratiques (parlementarisme dualiste ou moniste) ; existence d'organes chargés d'interpréter les textes constitutionnels (Conseil Constitutionnel et Président de la République) ; mais aussi possibilité de réviser la loi fondamentale quand l'une ou l'autre des solutions précédentes s'avère insuffisante. En effet, il est des cas où la modification nécessaire doit aller au delà des pratiques que la Constitution laisse possible ou des interprétations que ses "gardiens" peuvent effectivement apporter. La révision constitutionnelle est donc un élément essentiel de la Constitution, sans doute même l'élément primordial de son succès.

On doit du reste remarquer que bien des constitutions antérieures dans notre pays ont dû être remplacées parce qu'il était impossible de les réviser. Si l'on excepte les Constitutions Napoléoniennes, les révisions sont en effet peu nombreuses, là encore la IIIème République, faisant exception, en a

connu trois (1). L'actuelle Constitution a déjà subi cinq modifications auxquelles il faut ajouter l'échec connu de 1969. Parmi celles-ci, deux révisions ont eu une importance capitale pour l'avenir du régime : 1962 donnait par l'élection directe, au Président de la République, le charisme que le Général De Gaulle tenait de l'histoire, achevant l'œuvre constitutionnelle de 1958 et garantissant la survie du régime ; 1974 permettait à l'opposition parlementaire de jouer un rôle actif et canalisait la contestation politique dans une procédure institutionnelle, assurant là encore l'avenir des institutions qui, offrant la parole à tous, n'obligeaient plus les opposants à demander leur disparition. Dans ces deux cas la révision constitutionnelle apportait ce qu'il fallait de neuf pour garantir l'avenir de la Constitution en place. Depuis lors plus de révision importante si ce n'est techniquement.

Doit-on dès lors croire que notre loi fondamentale a trouvé une forme définitive, parfaite au point de devenir intangible ; qu'il n'y a donc plus rien à réviser. On pourrait aisément le croire. Il y a en faveur de notre actuelle loi fondamentale un consensus évident et dans ces conditions des modifications importantes touchant à son équilibre général ne sont guère réclamées. Pourtant des propositions de révision sont souvent déposées (2) et quelques projets discutés au Parlement, tout ceci demeurant vain. Aucun accord sur quelque modification que ce soit ne pouvant être trouvé, le mécanisme de révision semble s'être désespérément grippé. On peut alors se demander si le consensus ne se fait pas en fait sur la volonté de ne rien changer plutôt que sur l'idée même qu'il n'y a rien à changer. En fait on doit logiquement en matière de révision de l'actuelle Constitution se poser deux questions à la fois complémentaires et distinctes : faut-il réviser la Constitution et si oui peut-on y parvenir ?

I. FAUT-IL RÉVISER LA CONSTITUTION ?

Les modifications jusqu'alors intervenues sont-elles suffisantes pour assurer la pérennité de la Constitution ? Parmi les tentatives certaines auraient-elles mérité d'aboutir ? Convient-il de poursuivre l'œuvre de révision pour achever le travail entrepris voici plus de trente années ? Comme nous l'avons dit, d'aucuns y croient, voire le souhaitent. Nous allons tenter, évitant les querelles partisans, de répondre à la question dans toute son étendue. Pour cela il nous semble qu'il faille distinguer entre certaines réformes utiles, peut-être même indispensables mais qui ne touchent en rien à l'équilibre général de l'édifice constitutionnel et qui par là même restent mineures (§ 1), et d'autres, plus profondes, qui visent le plus souvent à changer la nature même du régime (§ 2). Nous aurions alors tendance à dire que si l'on peut réviser la Constitution il ne faut pas la changer.

(1) En dehors de la révision de 1884, celles de 1879 et 1926 ont une importance constitutionnelle réduite.

(2) Elles ne furent le plus souvent que publiées, ou, pour les plus "chanceuses" d'entre elles, examinées par une commission. Nous nous contentons de renvoyer à la liste dressée par D. Maus dans son ouvrage "Textes et documents sur la pratique institutionnelle de la Vème République" sous l'article 89.

§ 1. LES RÉVISIONS MINEURES

Il est dans ce domaine deux types d'interventions envisageables. Ou bien l'objet de la révision consiste à corriger certains défauts de la Constitution, que ceux-ci soient originels ou engendrés par le temps (A), et l'on pourra alors parler, comme J. Robert, de toilettage ; ou bien, allant plus avant dans la démarche, on souhaitera modifier certains mécanismes que l'usage a révélé dangereux ou qui se sont révélés d'interprétation difficile (B).

A. Le toilettage de la Constitution

On pourra certes objecter dès le départ que cette toilette ne s'impose guère puisque la Constitution ne se porte pas plus mal de ne l'avoir pas connue depuis de nombreuses années. Mais il serait à notre sens ridicule de ne pas profiter d'une œuvre de révision éventuelle pour ne pas ôter du texte original les scories qui l'encombrent.

Il est tout d'abord indispensable de retirer du texte actuel les articles, alinéas ou phrases qui sont devenus inutiles. Ainsi par exemple la "Communauté" ayant en réalité cessé d'exister (3), on peut faire l'économie entière du Titre XII qui lui est relatif. On en profitera aussi, comme le faisait du reste le projet de loi constitutionnelle de 1984, pour retirer à l'article 11 l'allusion faite à cette même "Communauté", ainsi du reste qu'à l'article 5. De même, l'article 1er tout entier consacré à la "Communauté", peut également être supprimé. Qui plus est, ceci aurait le mérite de retirer du préambule une disposition présentée sous la forme d'un article de la Constitution, ce qui a toujours été difficilement explicable. Il s'agit là, on le constate, d'un simple "lifting" qui ne change rien au fond du texte.

On pourrait ensuite supprimer les doublons inutiles, alourdissant le texte. A vrai dire nous n'avons décelé qu'une seule redondance, celle relative à la saisine du Conseil Constitutionnel pour les lois organiques. Cette saisine obligatoire est en effet prévue à la fois à l'article 46 alinéa 5 et à l'article 61 alinéa premier. On peut certes hésiter quant à l'article dans lequel il conviendrait de maintenir cette disposition particulière mais, ne s'agissant pas d'un élément spécifique de procédure législative, il nous semble préférable de la laisser à l'article 61 dans lequel sont traitées toutes les interventions du Conseil Constitutionnel en matière de constitutionnalité des textes internes.

Dans le même ordre d'idées il est possible de combler dans la Constitution un certain nombre de lacunes qui, sans être fondamentalement gênantes, provoquent des doutes inutiles.

Ainsi les lois organiques prévues à l'article 25 ne contiennent aucune mention d'une éventuelle incompatibilité entre les fonctions de Président de la République et celle de Parlementaire. Si cette incompatibilité semble aller de soi (4), on peut objecter que, expressément prévue dans la Constitution de 1946 (5), elle ne l'est plus à l'heure actuelle et aurait donc pu être implicitement supprimée. Certes, il n'y a pas eu en cette matière difficulté

(3) Loi constitutionnelle 60-525 du 4 juin 1960.

(4) Chronique constitutionnelle, RDP 1969, p. 938.

(5) Article 43 de la Constitution du 26 octobre 1946.

d'application (6) ; il n'en sera alors que plus aisé d'obtenir sur ce point un consensus pour la révision. S'agissant de la fonction présidentielle il paraît en effet plus convenable que ce soit la Constitution elle-même -et non une loi organique- qui dispose sur ce point. Le simple ajout à l'article 6 d'un alinéa reprenant le texte de 1946 règle définitivement le problème (7).

De même, rien n'est prévu pour garantir la saisine du Conseil Constitutionnel lorsque celui-ci est appelé à se prononcer sur la constitutionnalité des lois. Cette saisine devant avoir lieu avant la promulgation et l'article 10 ne prévoyant aucun délai minimum avant que celle-ci n'intervienne, il est concevable que le président de la République promulgue une loi extemporanément sans laisser le temps aux parlementaires (ou même à une des autres autorités constitutionnelles autorisées à le faire) de saisir le Conseil. Si jusqu'alors une telle hypothèse ne s'est pas produite, on se souvient de scénarii rocambolesques mis en place aussi bien à l'Elysée qu'au Palais Bourbon en 1985 (8). Une modification de l'article 10 éviterait toute ambiguïté sans pour autant vraiment porter atteinte au pouvoir du Président de la République.

Enfin on peut noter que la question de la suppléance de la Présidence de la République n'est que partiellement traitée. En effet, si l'article 21 prévoit la possibilité pour le Premier ministre de présider le Conseil des ministres, sur un ordre du jour précis et après délégation expresse, il ne peut rien faire d'autre pendant les quelques jours durant lesquels le Président, opéré par exemple, ne disposerait pas de la plénitude de ses capacités. En effet, on ne sait exactement qui, durant cette éventuelle interruption temporaire de l'exercice par le Président de ses prérogatives, aura en charge de prendre les décisions essentielles qui pourraient s'imposer. On pourrait donc admettre que, sur délégation expresse là encore, il soit possible au Premier ministre, si les circonstances l'exigent, de prendre certaines des mesures qui s'imposent et en particulier de signer le décret relatif à l'état de siège (9) ou déclencher l'article 16.

Nécessaire également pourrait être la correction d'un certain nombre d'erreurs ou prétendues telles.

Telle est par exemple le cas de la rédaction de l'article 89. Un auteur prétend (10), en effet, qu'une lecture attentive de cet article permettrait de présenter directement au Congrès un projet de loi constitutionnelle, sans l'avoir préalablement fait adopter par les deux assemblées. Même si cette analyse fait une part excessive à l'exégèse la plus poussée, on peut profiter de l'œuvre de révision entreprise pour rendre le texte plus parfait du point de vue

(6) M. Pompidou a fait savoir par lettre au Président de l'Assemblée Nationale que son élection mettait, selon lui, "de plein droit" fin à son mandat de député (lettre du 24 juin 1969) et M. Mitterrand qu'il se "démettait" de son mandat. Pourtant on notera que les formules employées par les deux présidents sont différentes et que, la seconde du moins, laisse à penser qu'il n'y a là aucune automaticité (Lettre du 20 mai 1981). Voir ces lettres in D. Maus préc. sous l'article 25.

(7) L'actuel alinéa second (devenant 3) renvoyant à une loi organique, il sera possible dans ce cadre de prévoir le remplacement du siège jusqu'alors occupé par le nouveau Président, s'il était parlementaire au moment de son élection.

(8) Voir à propos de l'utilisation de cibistes, Pouvoirs, n° 34, p. 171.

(9) En effet, ce décret est délibéré en Conseil des ministres et doit donc, en principe, être signé du Président de la République.

(10) A. Cocatre-Zilgien - A propos des articles 49 (alinéa 1er) et 89 (alinéa 3°) de la Constitution. Question de langue, R.D.P. 1974, p. 521.

de sa syntaxe et remplacer à la seconde phrase de l'alinéa 2 "la révision est définitive après avoir été approuvée par référendum" par la formule "le projet de révision est définitivement approuvé par référendum" ou en revenant plus logiquement encore à la rédaction et au découpage des alinéas tels que présentés au Comité Consultatif Constitutionnel (article 74) (11). Une seconde erreur, plus importante celle-là, est le résultat même des modifications apportées au cours des travaux préparatoires par le Conseil d'État à ce qui allait devenir les articles 40 et 41 de la Constitution (12). La Haute Assemblée, dissociant ce qui jusqu'alors constituait un seul et unique article relatif à la recevabilité des propositions de lois et des amendements parlementaires, supprimait en fait la procédure préalable de règlement par le Conseil Constitutionnel d'un éventuel désaccord sur les conséquences financières de ces actes. D'aucuns imaginent du reste que cette procédure existe toujours (13) ; le Conseil Constitutionnel lui-même devait constater et regretter cette lacune de la Constitution dans une de ces décisions (14). On pourrait donc ou bien regrouper en un seul et même article les dispositions des articles 40 et 41, ou reproduire à l'article 40 le même second alinéa que celui de l'article 41.

Touchant à la fois à des questions de terminologie et de fond, il y aurait également avantage à unifier le vocabulaire relatif aux sessions du Parlement ainsi que le régime juridique de celles-ci. On sait qu'existent actuellement les sessions ordinaires prévues à l'article 28, les sessions extraordinaires prévues aux articles 29 et 30, les sessions de plein droit prévues aux articles 12 et 16 (15) et les sessions spéciales prévues à l'article 18. Si l'on conçoit bien la différence qui peut exister entre ces types de sessions, on est en revanche plus sceptique lorsque l'on examine le texte confronté à la réalité pratique, en particulier pour ce qui est de l'article 12.

Il y est prévu que l'Assemblée Nationale élue à la suite d'une dissolution "se réunit de plein droit le deuxième jeudi qui suit son élection" si le Parlement est en session ordinaire. Cette disposition se justifie par l'impossibilité qu'il y a d'appliquer ici les dispositions de l'article 28 qui prévoit la convocation des sessions ordinaires du Parlement pour des jours fixes. Si le Parlement n'est pas réuni en session ordinaire, une "session de droit (16)" est ouverte pour permettre cette réunion. Dans l'hypothèse l'Assemblée est-elle seule réunie ? Si oui, il faudrait interpréter le texte comme interdisant qu'il y ait le moindre aboutissement législatif puisque la navette entre les deux chambres serait ipso facto impossible. Cette réunion n'aurait donc d'autre intérêt que de permettre la mise en place des organes de la nouvelle assemblée ; dans ce cas prévoir une durée de 15 jours paraît bien

(11) Nous tirons cette rédaction de : Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, Vol. II, p. 35.

(12) Voir J.-L. Debré, La Constitution de la V^e République, PUF 1975, p. 196.

(13) Voir par exemple le tableau de la procédure législative publié par P.-H. Chalvidan, Droit Constitutionnel, Nathan 1986, p. 194.

(14) Conseil Constitutionnel, Dec. du 23 juillet 1975.

(15) Nous examinerons les problèmes posés par l'article 16 plus bas.

(16) Et non "de plein droit". La différence des vocabulaires peut conduire à penser qu'il y a une distinction à faire entre ces sessions.

trop excessif (17). Par ailleurs, la pratique montre que le Sénat est également convoqué (18).

Il faut donc modifier le texte pour bien préciser que c'est le Parlement, c'est-à-dire l'Assemblée Nationale et le Sénat, qui est ainsi réuni pour une session de 15 jours. Reste à qualifier cette session. Il semble évident qu'il ne puisse s'agir que d'une session extraordinaire et non d'une session de plein droit. En effet, il faut permettre durant une telle session l'application des dispositions des articles 49 et 50 de la Constitution sur la responsabilité du Gouvernement. Mais surtout, il faut rendre possible la prolongation d'une telle session au-delà des limites constitutionnelles pour permettre à ces articles de produire éventuellement leurs effets. Or l'article 51 ne prévoit cette prorogation que pour les sessions ordinaires et extraordinaires.

Reste la question de l'ordre du jour de cette session extraordinaire. En effet, les sessions extraordinaires sont en principe réunies sur un ordre du jour précis conformément à l'article 29 alinéa 1er. Il suffit pour pallier cette difficulté de prévoir une rédaction légèrement modifiée de cet alinéa qui débutera sur une réserve faite du cas de l'article 12.

On touche de ce fait ici à la question des renvois d'article à article et il serait possible de profiter également de l'œuvre de révision pour effectuer ceux qui semblent s'imposer. Cependant, sous l'apparence d'un simple aménagement technique, ce sont souvent des questions fondamentales que posent ces renvois et il convient, nous semble-t-il, de reporter plus loin cette étude qui suppose de prendre parti sur certaines controverses constitutionnelles importantes et donc de résoudre certaines difficultés d'application rencontrées depuis l'entrée en vigueur de la Constitution.

B. LES DIFFICULTÉS À RÉSOUDRE

Parmi les articles de la Constitution qui ont suscité le plus de commentaires critiques, figure certainement en bonne place l'article 16. L'utilisation qui en a été faite en 1961 n'a pas contribué à limiter les craintes qu'il inspire traditionnellement.

Discuter sur l'utilité même de l'article est certes concevable. Il y a toujours une certaine incohérence à tenter de soumettre à des dispositions textuelles strictes une situation par essence mouvante : une crise interne ou internationale grave (19). Sa suppression, souvent proposée (20), est donc envisageable. Mais la disposition existe et nous pensons qu'ayant au moins ce mérite, il y a lieu de rechercher si elle peut être améliorée pour lui retirer son caractère ambigu plutôt que de la supprimer ; on aurait peut-être trop de

(17) Si l'on se réfère à la pratique, il suffit en fait de deux à trois jours pour que soient mis en place les organes essentiels nécessaires au fonctionnement de l'Assemblée.

(18) Voir par exemple J.O. S. du 11 juillet 1968.

(19) Comme le dit J. Châtelain dans son commentaire sous cet article in *La Constitution de la République Française*, Economica, 2ème éd. 1987, p. 545, que ce passerait-il si c'était le Conseil Constitutionnel qui soit mis dans l'impossibilité de fonctionner ?

(20) Le Programme commun de 1972 notamment proposait l'abrogation pure et simple de cet article.

regret de l'avoir perdue même s'il semble évident que son usage doit par essence être limité (21).

La difficulté essentielle rencontrée avec cette disposition tient à ce que, une fois déclenchée, il n'existe aucun moyen garantissant que l'on en revienne (rapidement) à la situation normale dès les troubles enrayés. Pourtant cette lacune redoutable n'est pas la seule qui affecte cette disposition constitutionnelle.

Rien n'est prévu, on le sait, dans l'hypothèse où la dissolution de l'Assemblée Nationale serait intervenue avant le recours à l'article 16. D'une part on notera que le Parlement, réuni de plein droit durant cette période est également composé du Sénat qui pourrait se réunir seul (22). Mais le constituant ayant précisé que l'Assemblée ne pouvait être dissoute marquait incontestablement son intention de la voir siéger durant cette période et d'assurer par là aussi le contrôle du Président de la République. Or donc, prévoir que l'Assemblée nationale, même dissoute, siège de droit jusqu'aux élections législatives à venir, assurerait une facile transition.

On pourrait encore préciser comment, matériellement, le Président de la République informe la Nation de la mise en œuvre de cet article. On ne sait en effet si le message prévu est simplement lu aux parlementaires en tant que représentants de la Nation ou s'il est aussi diffusé plus largement et porté à la connaissance du public. En pratique, en 1961 le Général De Gaulle fit l'un et l'autre (23), ce qui semble être la solution adéquate. On pourra rédiger l'article dans ce sens en faisant, au besoin, référence à l'article 18 relatif au droit de message.

De même conviendrait-il de prendre parti sur la possibilité de réviser ou non la Constitution durant la mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels. En effet, si les dispositions de l'article 89 interdisent la révision "lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire", il ne semble pas que cette disposition puisse s'appliquer à la simple "menace" touchant à cette intégrité ou aux autres cas de mise en vigueur prévus à l'article 16. Or la révision durant cette période pourrait être un moyen permettant au Président de la République de s'emparer définitivement du pouvoir par la mise en place d'un régime personnel. Pourtant, la révision peut aussi, dans certaines hypothèses, être la seule solution pour assurer le rétablissement rapide d'un fonctionnement régulier des institutions. Dans ces conditions, on doit donc envisager de

(21) Certes, le Général De Gaulle en sous-entendant qu'il pourrait y recourir en 1968 donnait à nouveau à cette disposition une dimension inquiétante pour la démocratie. Ce fut encore le cas d'allusion à son éventuelle utilisation dans l'hypothèse d'une non concordance des majorités présidentielle et parlementaire en 1978. La réussite de l'alternance en 1981 et 1988 et le fonctionnement sans heurt de la cohabitation en 1986 nous semblent avoir balayé ces craintes et en particulier celle de son utilisation pour un coup d'Etat. L'article est bien redevenu l'exceptionnel recours face à l'exceptionnel danger. Son maintien avec les amendements adéquats est donc en fait possible. La preuve nous semble en être apportée par le fait que la suppression de cet article n'est plus demandée par le "manifeste socialiste" de 1981 et ne faisait pas partie des 110 propositions du Candidat Mitterrand.

(22) D'aucuns prétendent que lorsque l'Assemblée Nationale est dissoute le Sénat ne peut siéger. C'est là une erreur. D'une part rien de tel ne ressort de la Constitution et d'autre part, s'il est traditionnel que le Sénat suspende ses travaux durant la campagne législative, il a néanmoins siégé seul à diverses reprises comme par exemple en juin 1968. Voir le débat intervenu sur ce sujet : J.O.S. du 30 mai 1968.

(23) Il s'adressa à la Nation dans un discours radio-télévisé le 23 avril 1961 (voir le texte in D. Maus préc., parmi les textes rassemblés sous l'article 16). Il fit parvenir le 25 un message aux chambres (Ibidem sous art. 18).

l'autoriser, tout en subordonnant son emploi à un accord du Conseil Constitutionnel sur sa nécessité. La garantie sera ainsi donnée que la Constitution ne sera révisée dans cette hypothèse que s'il est impossible de permettre aux pouvoirs publics constitutionnels d'accomplir leur mission sans modifier leur statut ou leurs pouvoirs.

Reste enfin à organiser précisément le rôle du Parlement durant cette période. On sait que c'est là aussi une des critiques essentielles faites lors de l'utilisation en 1961. Les interprétations successives faites de la mission du Parlement réuni de plein droit avaient en effet conduit en réalité à lui interdire toute activité que ce soit du point de vue législatif ou du contrôle du gouvernement (24). Une précision sur le rôle exact du Parlement durant l'exercice des pouvoirs exceptionnels est donc indispensable. On indiquera tout d'abord que le Parlement peut toujours user de l'article 68 relatif à la responsabilité pénale du Président de la République pour rappeler à la raison un chef de l'État aux visées dictatoriales en l'envoyant devant la Haute Cour de Justice. C'est là semble-t-il la garantie essentielle que la réunion de plein droit du Parlement apporte. Pourtant on voit mal cette institution rester ainsi à attendre l'éventuel faux pas pour le sanctionner. Il semble donc normal que les assemblées puissent durant cette période continuer le travail législatif dans les domaines ne relevant pas du rétablissement du fonctionnement régulier des pouvoirs publics ; en ce sens la formule contenue dans le message aux chambres du Général De Gaulle nous paraît cohérente. Il appartiendrait au Conseil Constitutionnel d'assurer dans ce cas la répartition des compétences. Sa saisine avant le dépôt de tout projet, proposition ou amendement serait obligatoire. Le Parlement pourrait donc poursuivre son travail législatif normal (25). Par ailleurs, le Parlement doit également pouvoir assurer le contrôle de l'activité gouvernementale ; ce droit peut-il cependant aller jusqu'à son aboutissement ultime : l'adoption d'une motion de censure ? Le fait que l'Assemblée Nationale ne puisse être dissoute, invoqué par le Président de l'Assemblée nationale pour justifier sa décision du 19 septembre (26), peut raisonnablement faire hésiter sur ce point. Surtout, le fonctionnement des pouvoirs publics étant déjà partiellement interrompu, il y aurait peut-être danger à ajouter à la confusion. Pourtant il s'agit là aussi d'une garantie non négligeable que de pouvoir renverser un Gouvernement qui entraverait le retour à la normale. Bref, il y a ici, et de manière incontestable, conflit d'intérêts mais aussi nécessité de le régler avant qu'il ne se produise dans les faits. En réalité la solution vient sans doute normalement si l'on s'assure que le recours à l'article 16 ne peut guère se prolonger dans le temps sauf

(24) On se souvient que, dans le message au Parlement (préc. note précédente), le Président de la République estimait que "les rapports du gouvernement et du parlement doivent fonctionner dans des conditions normales pour autant qu'il ne s'agisse pas des mesures prises ou à prendre en vertu de l'article 16", qu'il devait ensuite préciser dans sa lettre du 31 août 1961 qu'à son sens, hors des sessions ordinaires, les réunions du Parlement ne sauraient avoir un aboutissement législatif et qu'enfin, le Président de l'Assemblée Nationale devait estimer qu'une motion de censure était irrecevable durant ce type de session (voir ces derniers textes in D. Maus préc. sous art. 16).

(25) En effet, et à l'opposé, le Conseil Constitutionnel pourrait profiter de la consultation qu'il doit rendre sur les décisions prises en vertu de l'article 16 (article 54 de l'ordonnance du 15 novembre 1958) pour critiquer les éventuels empiétements du Président de la République sur les compétences normales du Parlement. Il suffirait alors de prévoir que cet avis doit comme le précédent être publié et motivé.

(26) Cf. note 25.

nécessité absolue (27). Alors on peut trouver normal que le Gouvernement ne puisse être renversé. Reste donc à régler le point le plus délicat et qui vraiment fut l'objet d'abus en 1961.

Le risque de voir se prolonger la mise en œuvre de l'article 16 doit pouvoir être réglé de manière assez simple. Si l'on estime que le contrôle de sa mise en œuvre par le Conseil Constitutionnel est suffisant à empêcher que celle-ci soit abusive, prévoir que le Conseil soit appelé, à période régulière, à donner son avis quant au maintien en vigueur de l'article, doit pouvoir interdire toute prolongation abusive. En effet, il serait difficile à un Président de la République de passer outre à un avis du Conseil indiquant qu'à son sens l'utilisation des pouvoirs exceptionnels ne se justifie plus. Il suffirait en effet, pour s'assurer que cet avis soit connu et provoque les réactions politiques suffisantes pour garantir le retour à la normale, de prévoir, comme pour l'avis émis au moment de l'entrée en vigueur, que celui-ci doive être motivé et publié (28), le Parlement, réuni de plein droit, restant le garant de tout débordement par l'éventuel usage de la haute trahison.

On voit dès lors quel rôle éminent serait amené à jouer dans ces circonstances le Conseil Constitutionnel, véritable garant du retour rapide à la normale et du respect des grands principes démocratiques durant la période exceptionnelle. On peut croire que le Conseil saurait s'acquitter d'une telle tâche grâce à l'indépendance et à la notoriété qu'il a acquises depuis quelques années.

Un autre article a posé dans son application des difficultés passagères mais suffisamment aiguës pour que l'on veuille les éviter à l'avenir. On se souvient de l'interprétation que fit le Général De Gaulle en 1960 de ses pouvoirs en matière de convocation du Parlement en session extraordinaire. Alors que la demande lui en était faite par le Président de l'Assemblée Nationale, lui-même saisi par plus de la moitié des membres composant cette assemblée, le Président de la République refusait de convoquer le Parlement (29). Cette interprétation, qui dans l'état actuel du texte laisse au Président de la République un pouvoir discrétionnaire, devait du reste implicitement être reprise par les Présidents Giscard d'Estaing (30) et Mitterrand (31). Il convient ici de rechercher s'il est vraiment indispensable de laisser au Président de la République un tel pouvoir ou si la mise en place d'une compétence liée est préférable. Lorsqu'on connaît les limites de temps dans lesquelles sont enfermées les demandes de sessions extraordinaires qui peuvent être présentées par les députés, il ne semble pas y avoir de risque majeur à obliger le Président de la République à les convoquer. En effet, d'une part l'ordre du jour objet de la session doit être précisé et son épuisement conduira à la clôture qui en tout état de cause interviendra au plus tard après 12 jours ; d'autre part

(27) Dans l'hypothèse où les circonstances conduiraient au maintien en vigueur à long terme de l'article 16, il serait normal, comme cela fut le cas en Grande-Bretagne que l'ensemble des rouages classiques du régime parlementaire soit interrompu. Ainsi, durant la seconde guerre mondiale, le Parlement britannique ne fut pas renouvelé et un accord tacite empêchait que le gouvernement Churchill soit renversé.

(28) C'est en effet ce que prévoit l'article 53 de l'ordonnance du 15 novembre 1958.

(29) Voir le contenu de la lettre du Président de la République du 18 mars 1960 in D. Maus, préc. sous art. 30.

(30) Voir le contenu de la lettre du Président de la République du 12 mars 1979, Ibidem.

(31) Cf. Pouvoirs, n° 45, p.176 et 199. Le Premier ministre de l'époque a du reste admis cette interprétation.

il n'y a pas de risque à voir se multiplier de telles demandes puisque, en tout état de cause elles ne peuvent se renouveler qu'après qu'un mois se soit écoulé depuis la clôture d'une session extraordinaire préalablement demandée par eux. Qui plus est, comme nous proposerons d'allonger quelque peu la durée des sessions ordinaires, le risque de multiplication des demandes est encore moins grand.

On peut encore, dans le même cadre général, s'interroger sur le sens profond de certaines dispositions de l'article 53. Cet article qui fixe la liste des traités ou accords qui ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi laisse en effet planer une obscure clarté lorsqu'on l'examine attentivement. En effet plusieurs des éléments de l'énumération qu'il contient sont susceptibles d'interprétations divergentes.

Ainsi en est-il de la catégorie des "traités ou accords relatifs à l'organisation internationale". Cette disposition n'est pas claire. Certes, on peut se contenter de constater que cette disposition figurait déjà dans la Constitution de 1946 (32), mais c'est là on l'avouera une raison bien insuffisante pour justifier son maintien en l'état. En effet, la définition même du traité étant celle d'un acte juridique relatif à l'organisation de la société des États, c'est-à-dire à l'organisation de la société internationale (33), on voit mal en l'espèce quelle est la catégorie de traités concernée. Ou bien, cette formule recouvre l'ensemble des traités et donc l'énumération contenue à l'article 53 devient inutile, ou bien le membre de phrase n'a pas de sens et doit être supprimé, ou bien il signifie les traités relatifs aux "Organisations Internationales" et alors il convient de la préciser par le pluriel et l'adjonction de majuscules. C'est semble-t-il cette dernière version qui soit la bonne. Encore doit-on noter que la doctrine gouvernementale sur ce point n'est pas clairement définie. Mr Sauvagnargues, Ministre des Affaires étrangères, s'il retient lui-même cette analyse, limite la portée de la formule à "certaines organisations seulement" (34) sans autre précision (35). Faute de pouvoir trouver un qualificatif indiquant la nature des organisations internationales ainsi concernées et une raison logique à limiter cette disposition à certains de ces organismes, on préférera l'appliquer à toutes.

Une même difficulté d'interprétation surgit concernant les conventions "engageant les finances de l'État". Doit-on limiter ici le terme engagement au sens qu'il a en matière financière, c'est-à-dire à l'acte par lequel est créé ou constaté une dette certaine à la charge de l'État (36) ou bien doit-on étendre l'obligation de demander l'autorisation parlementaire à tout engagement international qui, directement ou indirectement, de manière certaine ou éventuelle, viendrait à créer une charge pour l'État. Le Conseil

(32) Art. 27. Elle figurait également dans le projet de Constitution du 19 avril à l'article 68.

(33) Ch. Rousseau, *La ratification des traités en France depuis 1946*, Mél. Mestre, Sirey 1956, p. 480.

(34) Réponse à la question écrite n° 16.766 de M. Couste, J.O. Débats A.N. 1975, p. 1478.

(35) Des analyses anciennes, émanant des autorités françaises elles-mêmes, limitant l'obligation de l'intervention parlementaire aux traités ou accords créant une organisation internationale permanente investie d'un pouvoir de décision ou imposant des renoncements ou des limitations à la souveraineté française, ne résistent pas à un examen approfondi comme le montre A. Pellet dans son analyse sous l'article 53 - *La Constitution de la Vème République*, Economica, 2ème éd. 1987, p. 1014.

(36) Ceci résulterait alors de l'application à la matière des traités internationaux des dispositions de l'article 29 du décret du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique.

Constitutionnel a eu à trois reprises l'occasion de se prononcer sur des traités engageant les finances de l'État (37) ; sa jurisprudence sur ce point n'a cependant guère éclairé la question et il conviendrait que le constituant tranche clairement. A notre sens s'opposent ici, selon la solution que l'on retiendra, la volonté de maintenir à un niveau raisonnable les compétences du Parlement et le souci de l'efficacité. Pourtant, il semble qu'il y ait une certaine logique à donner à ce texte une interprétation large et donc à ne pas donner au terme "engageant" le sens restrictif qui lui est réservé par la comptabilité publique et admettre que les traités ayant des incidences budgétaires doivent en tout état de cause faire l'objet, avant leur ratification d'une autorisation parlementaire.

Reste à régler, pour en terminer avec les difficultés d'application généralement rencontrées et dénoncées par la doctrine, les questions de renvoi d'un article à l'autre et des éventuels recoupements entre articles. Pour l'essentiel c'est la répartition des compétences entre le Président de la République et le Premier ministre qui est ainsi portée au cœur du débat. En effet, dans trois cas au moins, la Constitution confie aux deux responsables de l'exécutif une partie d'un pouvoir sans que la division des tâches entre eux soit précisément indiquée. Ainsi en est-il en matière de défense, de diplomatie et de nomination des agents civils et militaires.

En ce qui concerne les questions diplomatiques, hélas, on voit mal comment il serait possible de faire évoluer le texte qui, s'il n'est pas toujours très réaliste, ne pose en fait guère de problème d'interprétation (38). Pour ce qui est des nominations des personnels civils, le problème nous semble venir bien plus d'une mauvaise rédaction de l'ordonnance portant loi organique que de la Constitution elle-même (39). En revanche, une réflexion sur les questions de défense, telles qu'elles sont abordées dans la Constitution semble indispensable.

On sait que dans ce domaine trois articles de la Constitution disposent : l'article 15 fait du Président de la République le chef des armées et lui confie la présidence des conseils et comités supérieurs de défense ; l'article 20 rend le Premier ministre responsable de la défense nationale et l'article 21 met les forces armées à la disposition du gouvernement. Comment interpréter de manière efficace ces différents articles ? Comment le pouvoir dans ce domaine se répartit-il effectivement ? Il ne fait plus de doute à l'heure actuelle que dans la pratique, les questions de défense sont de la seule compétence du Président de la République. L'actuel Président n'a rien changé dans ce domaine (40) et est parvenu même durant la période de "cohabitation" à maintenir la

(37) Conseil Constitutionnel, Déc. 75/60 DC du 30 décembre 1975, RDP 1976, p. 1021 et la note de L. Philip, p. 1011 ainsi que les observations en réponse de J.-P. Cot, RDP 1977, p. 1020. Conseil Constitutionnel, Déc. du 28 avril 1978. Conseil Constitutionnel, Déc. 78/99 DC du 29 décembre 1978.

(38) On peut simplement regretter qu'il n'y ait pas eu durant la cohabitation, dans ce domaine, l'harmonie nécessaire à ne pas donner à l'extérieur l'image de la cacophonie.

(39) C'est en particulier l'article 2 de cette ordonnance qui pose problème. En effet, il prévoit la possibilité pour le Président de la République de nommer, en dehors du Conseil des Ministres, certaines catégories de fonctionnaires ; or une telle possibilité n'est pas prévue par la Constitution. Qui plus est l'article 3 de l'ordonnance vide de son sens l'alinéa 4 in fine de l'article 13 de la Constitution en interdisant dans ce domaine toute délégation de compétence.

(40) L'opposant qu'était avant 1981 François Mitterrand avait pourtant très largement critiqué cette dérive et le "programme commun" avait prévu de rétablir la prédominance du

prééminence présidentielle comme l'ont montré et le choix du Ministre de la Défense négocié entre le Premier ministre et le Président et le fait que le Premier ministre s'incline finalement devant les choix présidentiels lors de la loi de programmation militaire (41). Cette modification tacite de la Constitution semble devoir s'expliquer essentiellement par l'apparition de l'arme nucléaire et la nécessité qu'il y a dans cette matière d'une action rapide imposant que la décision soit prise sans partage de responsabilité (42). Doit-on se contenter de laisser ainsi la pratique régler une question aussi fondamentale ? Il ne nous semble pas. Une modification des différents articles constitutionnels consoliderait les pouvoirs présidentiels, évitant de laisser à la compétence d'un simple décret un pouvoir aussi fondamental. On pourrait donc ajouter à l'article 15 les dispositions relatives à l'usage de l'arme nucléaire sous la forme d'un second alinéa dont l'usage en toute logique serait dispensé du contreseing. Par ailleurs il conviendrait d'ajouter aux articles 20 et 21 les renvois qui s'imposent en précisant que le Premier ministre et le Gouvernement agissent dans ce domaine sous l'autorité du Président de la République (43).

Sans qu'il s'agisse d'un réel problème d'application mais plutôt d'une difficulté de fonctionnement, on devra enfin évoquer la question de la multiplication des sessions extraordinaires du parlement. En effet, depuis le début de la 7^{ème} législature en 1981, le nombre de ces sessions s'est considérablement accru ; par exemple, on en compte 15 entre le mois de juillet 1981 et août 1985. Certes depuis 1988 les choses semblent peu à peu revenir à des proportions raisonnables (44), il n'en reste pas moins qu'il n'y eut guère que la très brève 3^{ème} législature (1967/1968) qui n'en connut pas. A l'évidence la durée constitutionnelle des sessions ordinaires est trop brève. Sans retomber dans les sessions permanentes des Républiques précédentes, nous serions enclins à proposer que l'on ajoute à chacune des deux sessions ordinaires prévues à l'article 28 de la Constitution une dizaine de jours. Cette modification nous semble tout à fait conforme à l'esprit de la Constitution, plus en tout cas que la proposition de Laurent Fabius consistant à faire siéger les parlementaires chaque semaine durant trois jours du mardi au jeudi d'octobre à juin (45). Pour une bonne part cela permettrait de conserver aux sessions extraordinaires leur véritable nature (46). Modification technique dépassant le simple toilettage, un tel projet devrait pouvoir satisfaire à la fois

Premier ministre. Plus rien de tel dans les 110 propositions de 1981 d'où les questions militaires sont quasiment absentes sauf en ce qui concerne la durée du service national.

(41) Voir "Le Monde" 30 octobre 1986.

(42) C'est ce que réalise le décret du 14 janvier 1964 qui confie au Président de la République le soin de décider de l'emploi des forces nucléaires. Nous renvoyons pour une étude de ce phénomène au commentaire de Jean-Claude Masclat sous l'article 15 in *La Constitution de la République Française*, préc.

(43) Il s'agirait ici en réalité de rétablir dans le texte constitutionnel la simple réalité quotidienne pratiquée aussi bien par la gauche et la droite ; nous sommes pourtant certain que cette modification serait l'objet d'un âpre débat à l'issue très incertaine tant la matière est d'importance.

(44) Le Président Mitterrand devait du reste indiquer le 5 juillet 1989 (*Le Monde* 7 juillet) qu'il limiterait au maximum les demandes de sessions extraordinaires.

(45) Intervention du 28 novembre 1990 aux journées parlementaires P.S. de Nantes. Voir "*Le Monde*" 29 septembre 1990.

(46) Comme le souhaite du reste le Président de la République (*Le Monde* 14 septembre 1989).

exécutif et législatif et donc aboutir à l'occasion d'une révision touchant des aspects plus fondamentaux.

§ 2. LES RÉVISIONS FONDAMENTALES

Nombreuses sont les révisions de la Constitution qui ont été proposées depuis 1958. Parmi celles-ci certaines tendaient purement et simplement à modifier le régime politique mis en place (47). Convaincu qu'il s'agirait là d'une erreur à ne pas commettre, nous n'avons pas retenu ces cas. En revanche, nous avons voulu nous arrêter sur celles qui, ou bien ne modifieraient pas la nature du régime tout en apportant à son fonctionnement des changements notables (B) ou bien porteraient atteinte à la nature du régime sans l'avouer expressément (A).

A. Les modifications touchant implicitement à la nature de la Vème République

Relèvent à notre sens de ce type les projets ou propositions tendant à modifier la durée du mandat du Président de la République (1) ou certaines dispositions de la procédure législative (2).

1. La durée du mandat présidentiel

On sait que, dans ce domaine, différentes propositions ont été faites. Il s'agit bien sûr d'une part de celle contenue dans le projet de révision de 1973 visant à mettre en place le quinquennat et de la proposition alternative et médiane d'un mandat de six ans avancée par l'ancien Président Valéry Giscard d'Estaing. Enfin d'aucuns ont proposé d'interdire au Président de la République, toujours élu pour sept ans de se représenter pour un second mandat consécutif.

On doit faire une mention particulière de la révision entreprise en 1973 tendant à porter la durée du mandat présidentiel à 5 ans. Adopté par les deux assemblées en termes identiques, ce projet de loi n'a été soumis ni au référendum, ni au Congrès. On doit nous semble-t-il estimer que cette révision est actuellement en cours et qu'il est possible au Président de la République de la reprendre à tout instant. Il semble donc nécessaire de dire ici (ou de redire) quels dangers une telle modification présente selon nous.

Bien que contesté par une partie de la doctrine, le danger essentiel de cette formule nous paraît résulter de l'équivalence des durées des mandats présidentiel et parlementaire. Depuis 1973, les circonstances ont bien montré que la concordance des durées aurait encore accru les risques de présidentialisation du régime. En effet, après la dissolution de 1981, jamais ne se serait produite la cohabitation de 1986, qui à notre avis, loin de fragiliser la Constitution, l'a renforcée en montrant ses qualités d'adaptation.

L'alternance, du fait de l'absence d'élections inter-mandat comme elles existent aux États-Unis serait totale en toute hypothèse, ramenant à terme l'Assemblée au simple rôle de chambre d'enregistrement des décisions du Président. A terme encore c'est la dissolution elle-même qui viendrait à

(47) Voir par exemple les nombreuses propositions présentées par M. Peretti, tendant à l'instauration d'un régime présidentiel (n° 640 du 7 nov. 1963 ; n° 346 du 10 mai 1973,....).

disparaître car l'on comprendrait mal qu'un Président disposant d'une majorité même frondeuse souhaite s'en séparer pour faciliter la victoire de l'opposition. Il préférera composer et attendre la fin de son mandat. Bref sous l'aspect d'une diminution de la puissance du Président de la République par un raccourcissement de son mandat, c'est à un renforcement de son pouvoir que l'on assisterait. La responsabilité du Gouvernement devant le Parlement ne serait plus qu'illusion et donc, au bout de tout, le régime parlementaire ne serait plus qu'un leurre dont seuls resteraient les moyens de pression sur le Parlement du gouvernement.

Quant à l'interdiction de se représenter, cette dernière proposition semble avoir montrée par elle-même ses limites. Moins dangereuse que la réduction du mandat présidentiel puisqu'elle ne conduit pas à égaliser la durée des mandats, elle était présentée comme une alternative au quinquennat par celui-là même qui en 1988 sollicita et obtint un second mandat. Ainsi malgré les nombreux avantages qu'elle présente, en particulier en augmentant l'indépendance du chef de l'État, cette formule ne saurait convenir aux hommes politiques toujours soucieux de poursuivre leur tâche en sollicitant une nouvelle onction populaire (48). Il est à craindre si une telle formule devait être retenue, des dérapages comme on les connut sous la deuxième République (49). Ceux-ci seraient du reste facilités par l'existence d'une procédure référendaire que l'on ne manquerait pas au besoin de transformer en plébiscite.

2. Modification de la procédure législative

Dans ce domaine, la proposition la plus inquiétante qui ait été faite fut présentée lorsque le Président de la République proposa de réviser l'article 11 de la Constitution en 1984. On proposa alors d'interdire l'utilisation des dispositions de l'article 45 de la Constitution permettant au gouvernement de demander à la seule Assemblée Nationale de statuer définitivement sur un texte en discussion ayant pour objet notamment les libertés publiques, les collectivités territoriales, le régime électoral ... (50). Une telle modification aurait en fait pour conséquence de donner au Sénat un véritable droit de veto législatif (51). En effet, le gouvernement n'ayant pas la possibilité de poser la question de confiance devant le Sénat, celui-ci pourrait, sans risque, refuser

(48) L'histoire enseigne pourtant qu'aucun Président de la République n'a pu terminer son second mandat, qu'il ait été élu par le Parlement ou par le peuple. A moins que ... ; il faut attendre 1995.

(49) On rappellera à cet égard qu'aux Etats-Unis d'Amérique, l'interdiction de se représenter frappe le Président à l'issue de son second mandat. Il est vrai que la durée des fonctions étant de quatre années, le maximum envisageable est proche de notre septennat. Cependant, le Président peut se représenter devant les électeurs, et à notre avis cela est primordial. Du reste, la mise en place de cette limitation à deux mandats n'a été que la conséquence de l'élection pour la quatrième fois consécutive du Président Roosevelt en 1944 ; depuis cette date chaque Président s'est représenté, il n'a pas toujours été réélu. Une formule interdisant un second renouvellement était prévue sous la IV^{ème} République.

(50) "Le Monde" 15/16 juillet 1984. J. Chirac avait fait la même proposition lors de la campagne présidentielle de 1981. Le Sénat devait reprendre la même idée sous la forme d'un amendement dans le cadre de la révision de 1990. Aucun des groupes parlementaires d'opposition de l'Assemblée nationale ne retint heureusement cette idée "Le Monde" 30 juin 1990.

(51) Identique en fait à celui dont il dispose en matière constitutionnelle et dont nous parlerons tout à l'heure.

tous les textes présentés par un gouvernement n'ayant pas ses faveurs, paralysant son action et rendant illusoire tout changement de majorité intervenu à l'Assemblée Nationale. Ainsi, dans l'hypothèse où une telle solution serait un jour mise en place, l'alternance que provoqueraient des élections législatives n'aurait guère d'intérêt si le Sénat restait dans l'opposition. Pire, un changement simultané des majorités présidentielles et de l'Assemblée serait sans effet. Or comme il est également impossible de dissoudre la Haute Assemblée, il faudrait attendre une hypothétique modification lors d'un renouvellement triennal futur pour que l'alternance puisse réellement jouer. On le voit, à terme une telle formule entraînerait une telle paralysie que rapidement le Sénat mais plus encore la Constitution serait menacée. Sans le dire clairement, en effet, cette proposition est en fait un moyen permettant de lutter contre les aléas des élections législatives et un moyen de spolier les électeurs d'un renversement de majorité.

Si ces deux réformes doivent à notre sens être exclues c'est qu'elles sont en fait une menace sur les institutions elles-mêmes. L'une et l'autre aboutit en fait à changer la nature du régime soit dans un sens présidentiel soit dans un sens antidémocratique. D'autres propositions en revanche n'ont pas ces conséquences.

B. Quelques réformes novatrices

On doit essentiellement ici retenir les deux derniers projets qui ont été proposés à la réflexion des parlementaires : il s'agissait d'une part d'élargir le champ d'application du référendum (1) et d'autre part d'introduire un contrôle de la constitutionnalité des lois par voie d'exception (2). L'une et l'autre de ces réformes apportait, nous semble-t-il, des nouveautés constitutionnelles aussi importantes que la réforme de la saisine du Conseil constitutionnel en 1974.

1. L'élargissement du domaine du référendum

Chacun s'accorde à trouver que l'élargissement du domaine du référendum était une bonne réforme. Du reste le projet de révision reprenait très largement une proposition de révision déposée en 1983 par un ancien Garde des Sceaux, député de l'opposition du moment (52). Le référendum tel qu'il avait été utilisé depuis 1958 n'avait plus guère de chance de réapparaître : les circonstances ont changées et le relatif échec de la consultation de 1972 incitait les Présidents de la République à la prudence (53). Georges Pompidou renonçait à son usage en 1973 pour l'établissement du quinquennat, Valéry Giscard d'Estaing ne l'utilisait pas ; l'application en 1988 de l'article 11 pour la Nouvelle Calédonie n'ayant pas ravivé l'intérêt pour la procédure. Or, il n'est pas d'homme politique qui ne propose dans son programme un recours accru à ce moyen facilitant la "démocratie en temps réel" (54). Il ne fait dès lors guère de doute qu'une telle réforme verra le jour à l'occasion.

(52) Voir la proposition déposée en 1983 par Jean Foyer (RPR), Doc. AN n° 1835.

(53) Déjà, en fait, le référendum proposé en 1968 pour résoudre la crise de mai, avait montré les limites du mécanisme.

(54) Voir par exemple V. Giscard d'Estaing : 2 français sur 3, Flammarion 1984, p.144 et s.

Voyons alors quelle peut être la meilleure façon de réformer l'article pour éviter les pièges qu'il tend insidieusement. Il faut en effet, ne pas retomber dans les errements du plébiscite et ne pas conduire à une multiplication lassante des votations populaires rendant à terme la procédure inopérante. Dans ce cadre, le référendum d'initiative populaire préconisé par certains (55) ne nous semble pas, dans l'état actuel des choses, correspondre à nos habitudes démocratiques. Il faut donc simplement viser à élargir le champ d'application de l'article 11, c'est-à-dire du référendum législatif. Dans ce sens, le texte tel qu'il était proposé en 1984 paraît correspondre aux besoins. La formule faisant référence aux "garanties fondamentales concernant l'exercice des libertés publiques" paraît permettre de redonner à la procédure une utilité sans pour autant risquer de multiplier les votations par un spectre trop large de textes pouvant être virtuellement soumis au peuple.

En revanche, le risque existe, qu'au travers de ce pouvoir le Président de la République, maître de l'opportunité de la décision, n'utilise la procédure dans un sens plébiscitaire. Il est à vrai dire difficile d'empêcher ce genre de détournement. Mais du moins est-il possible d'éviter que le référendum ne soit utilisé pour contourner un éventuel obstacle parlementaire ou mieux encore pour éviter que le projet en cause ne soit soumis à la censure du Conseil Constitutionnel. En effet, celui-ci s'étant, comme de juste, déclaré incompétent pour contrôler, avant sa promulgation une loi adoptée par référendum, il y aurait dans l'utilisation de cette procédure un moyen permettant de faire adopter par le peuple des textes inconstitutionnels. Dans ce sens, la proposition faite par la doctrine (56) de demander, avant le scrutin, que le Conseil Constitutionnel se prononce, fût-ce à titre consultatif, sur la constitutionnalité du texte, paraît une formule intéressante. Le Conseil pourrait en particulier s'assurer que l'on entre bien dans le cadre limité de l'article 11. L'avis du Conseil étant publié, reste ensuite au peuple, titulaire de la souveraineté et du pouvoir constituant, de savoir s'il souhaite ou non accepter ce texte. Cette formule de consultation obligatoire du Conseil pourrait aussi inquiéter les Présidents de la République et les dissuader (57) de se servir de la procédure de référendum dans un but étranger à celui fixé par la Constitution.

2. L'élargissement de la saisine du Conseil Constitutionnel

C'est là on s'en souvient le dernier projet de révision qui ait été soumis aux Parlementaires. Là encore on pouvait espérer un consensus ou du moins un compromis pour que la réforme vit le jour. Du reste, un certain nombre de députés de l'opposition ont voté en faveur du projet (58).

(55) Une proposition de loi constitutionnelle vient encore d'être déposée par Charles Pasqua, voir Pouvoirs, N° 52, p. 184. Ce type de référendum fait aussi partie du programme du front national.

(56) M. Duverger in "Le Monde" 31 juillet 1984.

(57) Dissuader et non interdire ce qui dans cette matière serait totalement illusoire.

(58) Il y eu même à ce sujet quelques difficultés puisque le vote étant intervenu tard dans la nuit, les députés de l'opposition présents votèrent contre pour l'ensemble de leurs collègues. 14 parlementaires de l'opposition firent publier le lendemain une rectification de vote "Le Monde" 28 avril 1990.

Par delà les difficultés techniques liées à la rédaction d'un texte parfois complexe celui-ci reste clair (59) et la philosophie générale du projet semble bonne. Suite logique de la réforme de 1974 procédant à un premier élargissement des possibilités de saisine du Conseil Constitutionnel, ce projet vise en effet à combler une lacune en introduisant en France un mécanisme connu dans la quasi totalité des régimes démocratiques et en particulier aux États-Unis. En fait il s'agissait de transposer dans notre droit la décision de la Cour suprême *Marbury v/ Madison* de 1803, transposition heureusement faite ici en tenant compte du particularisme et des traditions du droit français.

Retenant comme aux États-Unis un mécanisme d'exception, l'engorgement est aussi évité par un examen préalable de la demande à la fois par la juridiction devant laquelle l'inconstitutionnalité est soulevée et par la juridiction suprême de l'un ou l'autre ordre. Ensuite, dans le même but, seules les atteintes aux droits fondamentaux peuvent faire l'objet de la demande d'exception. Enfin, la sécurité juridique est assurée par le caractère non rétroactif aux situations acquises des décisions d'inconstitutionnalité qui pourraient en résulter.

Nous ne voyons dès lors rien à redire et souscrivons entièrement à ce projet. Bien sûr, sa qualité pratique dépend pour beaucoup (certains ont même estimé que c'était trop) de l'interprétation que feront les différentes juridictions concernées. En particulier, l'efficacité du mécanisme dépendra du sens donné de la formule "droits fondamentaux" et du nombre effectif de demandes que le Conseil aura à connaître. Mais dépendre de l'attitude du juge, n'est-ce pas là le lot commun de tout système mettant en place un contrôle juridictionnel.

II. PEUT-ON RÉVISER LA CONSTITUTION ?

La question, nous l'avons vu, mérite d'être posée. Depuis la réforme technique de 1976 les différentes tentatives de réviser la Constitution n'ont pu aboutir faute d'obtenir l'accord du Sénat.

§ 1. LE BLOCAGE DU MÉCANISME DE RÉVISION

Pour ce qui est du projet de 1984 relatif à la révision de l'article 11, le Sénat devait par deux fois opposer la question préalable (60) au texte tel qu'il avait été adopté par l'Assemblée nationale. Pour ce qui est du projet de 1990, le Sénat devait tenter d'imposer tant de modifications que l'adoption en termes identiques par les deux chambres devenait impossible (61). Dans les deux cas le Sénat a, en quelque sorte, opposé un véritable veto à l'initiative de l'exécutif. L'existence d'un tel veto était-il envisagé par le constituant ?

(59) Il en va de même de la loi organique qui l'accompagne. En particulier on ne peut qu'admirer la rédaction de la disposition autorisant en fait que l'exception puisse être soulevée contre une loi déclarée conforme à la Constitution après examen dans le cadre de l'article 61 al. 2, si la disposition contestée n'est pas expressément étudiée dans les motifs ou mentionnée dans le dispositif de la décision.

(60) Voir Pouvoirs, n° 32, p. 189.

(61) En particulier était proposé de délimiter l'application de l'article 45 al. 4 de la Constitution. "Le Monde" 30 juin 1990.

On doit d'abord remarquer que, contrairement à la procédure législative ordinaire, la procédure constitutionnelle ne permet pas au Gouvernement de faire fi du Sénat. Il n'est pas possible de donner le dernier mot à l'Assemblée Nationale ni même de demander la réunion d'une commission mixte paritaire. Dans ce sens, il ne fait pas de doute que le constituant souhaitait donner au Sénat un pouvoir incontournable dans la révision constitutionnelle. Mais on se rappellera alors qu'à l'origine, les constituants pensaient trouver dans le Sénat un appui du gouvernement plutôt qu'un obstacle.

Pour le reste l'idée était bien, en cas de difficultés, de pouvoir surmonter l'opposition parlementaire. On en voudra pour preuve que lors des débats au Comité Consultatif Constitutionnel, le Garde des sceaux ne s'oppose pas à une interprétation des dispositions relatives à la révision comme autorisant le recours au référendum pour surmonter un éventuel rejet du texte par le Congrès (62).

C'est donc en fait lors de la première lecture que le Sénat peut véritablement bloquer tout le mécanisme ; en particulier si le Président de la République a, par avance, annoncé son intention de recourir à la voie normale du référendum pour donner à la révision son caractère définitif (63). C'est du reste la vraisemblance du blocage qui devait en 1962 mais plus encore en 1969 conduire le Général De Gaulle à choisir l'article 11 pour réviser la Constitution (64). Dans l'un et l'autre cas, l'accord du Sénat n'eut point été acquis.

En fait, la procédure choisie dans le cadre de l'article 89 par le constituant, limite implicitement le champ même des révisions possibles de la Constitution. Tout projet qui viendrait à limiter les pouvoirs du Parlement ou du seul Sénat est immanquablement voué au rejet. La preuve en est du reste apportée par les révisions acquises et les échecs subis. Hormis les révisions techniques de 1963 et 1976 qui ne font qu'améliorer des mécanismes fonctionnels imparfaits, la seule révision ayant abouti par cette procédure augmente le pouvoir des parlementaires en leur permettant de faire contrôler l'action du gouvernement par le Conseil Constitutionnel. Dès qu'il s'est agi de renforcer l'exécutif ou de toucher aux prérogatives parlementaires, veto sénatorial comme en 1984 et 1990 ou violation de la Constitution comme en 1962 et 1969.

Un exemple typique, illustrant l'importance du rôle du Parlement dans la révision constitutionnelle et sa volonté de préserver son pouvoir ou d'empêcher que s'accroisse encore celui de l'exécutif, est fourni par la tentative de réforme du statut des suppléants en 1974. Devant l'accueil réservé fait à cette initiative par le Parlement, le Président Giscard d'Estaing renonçait à la réforme (65). Or il s'agissait par cette réforme et avant tout de permettre au Président de la République et au Premier ministre de se séparer plus facilement de ministres gênants, en particulier s'ils avaient été parlementaires.

(62) Voir les "documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution" Vol. II, p. 185.

(63) Comme ce fut le cas explicitement en 1984.

(64) L'argument est du reste explicitement utilisé par le Premier ministre lors du débat à l'Assemblée Nationale le 4 octobre 1962. Voir D. Maus préc. sous art. 11.

(65) Et ce après trois lectures. Voir D. Maus Préc. sous art. 89.

On peut certes trouver de multiples raisons expliquant les "vetos" opposés par la Haute Assemblée. Par delà toutes les critiques faites à la forme des projets eux-mêmes, des raisons politiques s'aperçoivent indubitablement en filigrane. Elles transparaissent par exemple dans les arguments utilisés par le Sénat pour justifier l'adoption de la question préalable le 8 août 1984 : "le Sénat ayant atteint son objectif (retrait du projet Savary), le projet de révision fait diversion..." (66). En fait il s'agit pour lui de faire obstruction à tout ce qui pourrait d'une manière ou d'une autre apparaître, aux yeux de l'opinion, comme une victoire du Président de la République

Mais, par delà ces raisons conjoncturelles, il nous semble que l'attitude du Sénat se justifie surtout par l'inquiétude qu'il a de perdre encore quelques-unes des dernières prérogatives qui lui restent. En ce sens le Sénat se comporte comme le gardien du Temple, ce que l'Assemblée ne peut oser, trop liée qu'elle est, par des intérêts politiques convergents, au gouvernement et/ou au Président. Le Sénat, par sa position de bastion de l'opposition peut s'élever au rang de protecteur des prérogatives du Parlement dans son entier.

Ainsi, en 1984, l'élargissement du référendum risquait surtout de faire perdre au Parlement une partie de son pouvoir législatif. Il permettait aussi à l'exécutif de faire adopter des textes sans que puisse être soulevée la question de leur constitutionnalité. Le Président du Sénat subordonnait l'adoption du projet à "des garanties *parlementaires* constitutionnelles précises" (67) et souhaitait l'intervention du Conseil Constitutionnel (68).

La réforme de 1990 semblait pourtant moins attentatoire aux prérogatives du Parlement. C'était nous semble-t-il oublier que depuis 1974 le Conseil Constitutionnel, tel qu'il peut être actuellement saisi, est devenu l'allié objectif des parlementaires et en particulier du Sénat (69) (70). Autoriser que le Conseil put être saisi par d'autres que les parlementaires (71) c'est en fait permettre qu'il réponde à des questions que l'on ne souhaite pas nécessairement lui poser. En effet, dans l'état actuel du droit, si aucune des autorités investies de ce pouvoir ne saisit le Conseil, les lois sont promulguées, entrent en vigueur et s'appliquent même si elles sont contraires à la Constitution, ou du moins si l'on a de bonnes raisons de croire qu'elles

(66) Cf. Pouvoirs, n° 32, p. 189.

(67) Ibidem.

(68) Nous avons montré qu'il s'agissait sûrement d'une bonne proposition.

(69) Cette alliance objective remonte peut-être encore plus loin. En fait dès 1971, dès l'instant de l'émancipation du Conseil Constitutionnel, le Sénat y trouve un allié fidèle. C'est sans doute aussi pourquoi le Sénat tenait tant en 1984 à ce que le Conseil puisse intervenir pour contrôler les textes qui eussent été soumis au référendum en cas d'adoption de la réforme proposée alors. C'est sans doute aussi pourquoi le Président de la République interdit au rapporteur du projet à l'Assemblée nationale de retenir un amendement allant dans ce sens alors que ledit rapporteur y était favorable. Voir Pouvoirs, N° 32, p. 189.

(70) Les zéloteurs du Conseil Constitutionnel ne manqueront pas de critiquer cette formule, Qu'on nous permette non point de justifier mais de l'expliquer. Il ne s'agit pas ici de dire que la jurisprudence du Conseil est systématiquement favorable aux thèses défendues par le Sénat ; on peut sans doute démontrer le contraire. Il s'agit de dire que saisir le Conseil est pour le Sénat, facilement réduit à l'impuissance dans la procédure législative ordinaire, le moyen le plus efficace de lutte contre le Gouvernement. Si cette possibilité lui est retirée ou qu'il doit la partager avec d'autres le Sénat perd son dernier pouvoir réel hors du veto en matière de révision constitutionnelle. Le Conseil peut en effet plus sûrement que le Sénat empêcher un texte de voir le jour. Le Sénat utilisera donc son veto pour préserver ce pouvoir.

(71) Qui sont à l'origine de la quasi totalité des saisines depuis 1974.

pourraient l'être. La preuve de cette situation a récemment été fournie. Personne n'a saisi le Conseil de la loi instituant la peine d'inéligibilité pour les personnes condamnées pour actes racistes (72), pas même les parlementaires de l'opposition qui pourtant avaient largement critiqué ce texte comme liberticide.

C'est sans doute aussi la raison pour laquelle le Sénat avait proposé de limiter la saisine du Conseil par la voie de l'exception aux seuls textes adoptés antérieurement à 1974 : ne pas toucher à la souveraineté du Parlement à moins que celui-ci n'y consente. La réforme proposée, comme la précédente, limitait donc aussi les prérogatives et le pouvoir d'appréciation des parlementaires et particulièrement des Sénateurs, ils ne pouvaient s'y rallier.

Impossible donc techniquement de toucher aux pouvoirs du Parlement sauf pour les accroître, de son allié le Conseil Constitutionnel si son pouvoir s'étend au détriment de celui des parlementaires, de l'exécutif car cela n'est pas dans la couleur du temps (73) ? Comment dès lors sortir de cette délicate situation qui semble figer définitivement la Constitution ?

Réviser l'article 89 ! Certes, on remarque que cet article a rarement fait l'objet de propositions de révision. Au point que certains n'hésitent pas à y trouver un point de consensus politique (74). Oui, mais un consensus obligé ! Car réviser cet article c'est toucher aux pouvoirs du Parlement et en particulier du Sénat qui y trouve le dernier rempart de son ultime puissance et de son inviolabilité. Tout projet de révision de l'article 89, visant naturellement à permettre la révision nonobstant l'opposition du parlement serait rejeté par lui. S'il est bien un article intangible de facto c'est celui-là. Et nous voilà bien à notre point de départ.

Comme ses devancières, la Constitution de 1958 semble bloquée par l'impossibilité de réviser si ce n'est quelques retouches techniques. Et l'on continue de proposer des révisions utiles que le peuple souhaite mais qui sont impossibles. Alors l'inadéquation entre la Constitution et la société qu'elle régit s'élargit ; la Constitution est menacée. Reste à se demander si la menace est immédiate, si le danger est imminent.

§ 2. DES PALLIATIFS INEFFICACES

D'aucuns estiment tout d'abord que la situation n'est que temporaire. Un changement de majorité rétablissant la triple concordance des majorités présidentielle, législative et sénatoriale rendant à nouveau la révision possible. On doit faire sur ce point plusieurs remarques.

(72) J O 14 juillet 1990.

(73) En effet, il n'est guère possible au Parlement de réduire les pouvoirs de l'exécutif par une révision de la Constitution. Nous souscrivons à ce point de vue sous la réserve que cela résulte essentiellement du fait que le peuple ne le souhaite pas. En effet, puisque les propositions de lois constitutionnelles sont soumises obligatoirement au référendum, Parlement et peuple pourraient tomber d'accord pour accroître les prérogatives du législatif au détriment de l'exécutif. Il ne serait possible au Président de la République, confronté à une proposition de cet ordre à laquelle on saurait par avance que l'opinion souscrit, que de ne pas convoquer les électeurs. On laisse à chacun le soin d'imaginer les réactions face à une telle manœuvre dilatoire. A l'inverse, l'accord du Parlement est indispensable pour toute révision réduisant ses pouvoirs. Il est, en fait, par l'article 89 maître de ses compétences.

(74) Voir les dernières lignes de l'article de D. Gaxie sous l'article 89 dans "La Constitution de la République française" préc.

Tout d'abord si tel devait être le cas, si les projets aujourd'hui rejetés devaient être adoptés demain par le seul fait que, présentés par d'autres, ils seraient meilleurs en quelque sorte par définition, cela montrerait hélas que notre démocratie n'est pas encore tout à fait adulte et que l'alternance y est mal acceptée. Cela signifierait aussi que notre Constitution ne permet pas encore un fonctionnement harmonieux des pouvoirs publics quelle que soit la majorité qui gouverne. Frustrant d'une partie du pouvoir certaines majorités régulièrement investies, elle est mauvaise et doit être changée. Ni les partis ayant joué ce jeu, ni la Constitution l'ayant permis, n'en sortiraient grandis.

On peut craindre même que désireux d'aller encore plus loin dans la limitation de l'alternance les projets ne renforcent le Sénat en lui donnant dans tous les cas les mêmes prérogatives que l'Assemblée, en rétablissant l'égalité totale des chambres (75).

On constatera pourtant que cette adéquation des trois majorités est rare et que, même lorsqu'elle est réalisée, le Sénat n'est pas pour autant enclin à accepter des réductions de pouvoir, fusse pour le Parlement tout entier. Ne pouvant être dissout, il sait ne rien risquer même s'il s'oppose à un gouvernement qu'il soutient sur d'autres points. L'expérience de la réforme de la suppléance est tout à fait significative ; le phénomène majoritaire n'a pas joué.

On peut ensuite penser que par son importante activité d'interprétation constitutionnelle, le Conseil Constitutionnel puisse pallier les carences de la révision. Certes on sait quel rôle important il a joué et joue encore dans ce domaine. Par une jurisprudence hardie il a parfois permis d'audacieuses interprétations ; il a encore plus souvent éclairé des dispositions obscures et contribué à faire mieux fonctionner encore les textes constitutionnels. Mais parviendra-t-il toujours à jouer le rôle modernisateur nécessaire ? En tout état de cause, il est hors de question que le Conseil puisse aller jusqu'à modifier certaines règles constitutionnelles, fusse en les interprétant. Certes lorsqu'il admet pouvoir être saisi par des parlementaires pour examiner par l'intermédiaire de la loi autorisant la ratification, la constitutionnalité d'un traité (76), il accroît considérablement la portée de la réforme de 1974. C'est là nous semble-t-il une des interprétations les plus extrêmes qu'il ait faites ; elle n'a pas pour autant eu les mêmes conséquences que si l'article 54 avait été modifié pour autoriser cette saisine parlementaire. Ainsi la jurisprudence du Conseil est nécessairement cantonnée dans un rôle révisif supplétif.

Il n'en est peut-être pas de même de la pratique. Celle-ci, il est vrai, peut en fait vider de son sens ou modifier fondamentalement une disposition constitutionnelle. Pourtant là encore on sera lié par le texte. Les formes au moins devront être respectées. Il est vrai, pour prendre ce seul exemple, que de plus en plus le Président de la République décide là où le Gouvernement est normalement compétent. On en a encore eu la preuve en ce qui concerne

(75) Nous avons montré que de tels projets existaient, cf supra. On peut aussi ajouter les propositions faites n'autorisant le recours au référendum (art. 11) par le président de la République qu'après que les deux assemblées se soient prononcées sur le projet de loi. L'extension au référendum législatif de la procédure en place pour la révision empêcherait en fait un président n'ayant pas la confiance du Sénat de faire adopter une loi directement par le peuple.

(76) Conseil Constitutionnel, déc. du 17 juillet 1980. Le Conseil pousse même le zèle jusqu'à requalifier la demande mal présentée par les élus communistes.

la réunion du Parlement en session extraordinaire au moment de la Crise Koweïtienne. Le Président annonça qu'il *avait décidé* de convoquer le Parlement (77) et cela semble-t-il sans que le Premier ministre ait manifesté dans ce sens une volonté réelle. Il n'en reste pas moins que le décret publié au *Journal Officiel* comporte la mention du rapport du Premier ministre et son contreseing (78). Dans ces conditions, la pratique n'est pas une réelle source de droit, à moins de devenir coutume ce qui n'est guère envisageable que dans des domaines où il y a absence totale de dispositions constitutionnelles ; elle reste cantonnée dans le rôle de source de transfert tacite de pouvoir.

Ainsi les palliatifs de la révision ont donc nécessairement leur limite. Et les réformes constitutionnelles proposées ne peuvent être compensées par eux.

Si donc le blocage est bien dû à des raisons structurelles et non à de simples considérations partisans, il convient de rechercher une solution.

§ 3. UNE SOLUTION ALTERNATIVE

En fait, dans cette affaire, les critiques ne viennent-elles pas essentiellement de la nature même du Sénat, de sa représentativité. Faisant nôtres les remarques de certains auteurs, n'est-il pas en effet choquant que "moins du quart des français vivant dans les communes de moins de 1.500 habitants, (puisse) ainsi s'opposer pratiquement à toute révision constitutionnelle" (79). Ne faut-il pas alors proposer de réformer l'organe plutôt qu'amoindrir encore son pouvoir. Certes supprimer le Sénat est impossible et nous venons de dire qu'il était impossible de le modifier dans le cadre d'une révision constitutionnelle. Il faut alors transformer la Haute Assemblée sans réviser la Constitution, sans toucher à ses pouvoirs constitutionnels, sans même modifier les dispositions des lois organiques le concernant puisqu'il dispose là aussi d'un droit de veto (80).

Et cela est possible. En effet, relèvent de la loi (et non point de la loi organique) toutes les dispositions relatives à la composition des collèges électoraux sénatoriaux et au mode de scrutin applicable aux élections sénatoriales. Une modification, au besoin adoptée par la seule Assemblée nationale en vertu de l'article 45 alinéa 4, permettrait de modifier totalement (mais lentement il est vrai) la représentativité du Sénat pour qu'il ne soit plus le représentant privilégié "du seigle et de l'avoine"... et qu'il puisse alors à loisir jouer dans le cadre de la Constitution son rôle sans prêter le flanc à la critique.

Si l'on ne procède pas ainsi, on peut plus qu'évoquer l'anathème : violer une dernière fois la Constitution en révisant l'article 89 par l'intermédiaire de l'article 11. Ce serait en fait l'aboutissement logique de cette situation. Pourtant, il n'est pas sûr que le peuple adhérerait à ce schéma, ni même qu'un Président de la République ose le proposer.

Alors, à terme, il n'y aura plus guère que le recours, traditionnel chez nous, à la révision-abrogation si souvent déjà pratiquée.

(77) Voir le texte de la conférence de presse du 21 août 1990 in "Le Monde" du 23 août.

(78) J.O. 23 août 1990, p. 10255..

(79) M. Duverger, Manuel de droit constitutionnel, PUF 1973, Coll. Thémis, tome II, p. 301.

(80) Art. 46 al. 4 de la Constitution.

DE LA DIALECTIQUE DE LA RESPONSABILITÉ À LA DIALECTIQUE DE LA MORALE

Par

Christiane PEYRON-BONJAN

Docteur en Histoire de la Philosophie, Université d'Aix-Marseille III

I - DIALECTIQUE DE LA RESPONSABILITÉ : LIBERTÉ ET RESPONSABILITÉ

Un épigone de la pensée kantienne, Eric Weil, définit ainsi la responsabilité morale : *"La responsabilité morale dont la liberté n'est qu'un autre nom n'est pas de l'ordre des faits. Par conséquent, elle ne peut être connue à la manière dont les objets des sciences sont connus... Elle est sue immédiatement comme fondement de toute connaissance des faits : les faits ne se révèlent qu'à la question de l'être libre"* (1) Pour cet auteur comme pour Kant liberté et loi pratique s'impliquent donc réciproquement l'une l'autre. Seule la liberté peut fonder une morale vraie, c'est-à-dire universelle. Aucun problème moral ne hante les philosophies déterministes : l'*Éthique* de Spinoza, en dépit de son titre, n'élabore pas une morale mais une ontologie.

Certes, la liberté est bien posée à l'origine comme un *"pouvoir des contraires"*, comme le pouvoir de choisir, pour diriger son action, telle maxime ou son opposé, *"la raison et l'universel"* ou *"la violence et l'animalité"*, sans quoi il n'y aurait pas liberté. Mais celui qui aurait opté pour la violence ne saurait pas son choix : *"seul l'homme raisonnable se sait libre ; seul celui qui s'est tourné vers la raison peut comprendre, dire, proclamer qu'il aurait pu choisir autrement"* (1). Si la liberté est la ratio essendi de la raison, cette dernière constitue la ratio cognoscendi de la liberté ; et *"parce qu'elle est la ratio cognoscendi de la liberté, la raison en est aussi la ratio essendi : une liberté qui ne se saurait pas liberté serait simple indétermination"* (1). Tout près de coïncider, raison et liberté se fondent ensemble dans leur moyen terme, dans le concept d'une "volonté" qui constitue la "nature" même de l'homme.

(1) Eric Weil, *Philosophie politique*, introduction, p. 20, Vrin.

Pour Eric Weil, une seule certitude : la liberté est fondement ultime de tout, puisqu'aussi bien le domaine pratique et la morale vraie, que le domaine théorique et la connaissance des faits, relèvent d'elle. Elle ne saurait être mise en doute, ni par la morale qui en relève directement, ni par aucun fait, qui en serait comme un témoignage indirect. Présente comme soubassement de toute activité authentiquement humaine, la liberté s'apparente aussi bien à la "responsabilité morale" (2) qu'à la "volonté de raison et d'universalité" (2). Elle "n'est pas de l'ordre des faits" (2), c'est-à-dire qu'elle n'appartient pas au monde sensible, à l'ordre de la nature. Ce n'est pas comme "phénomène", mais comme "personnalité", comme "moi nouménal" que le voleur dont nous parle Kant peut prendre conscience de sa responsabilité morale et ressentir du remords. La liberté qui fonde l'ordre des faits ne saurait être du même ordre que ce qu'elle fonde : elle est comme "l'inconditionnel absolu" dont dépend et auquel renvoie la totalité des conditions. Pour cela elle ne peut être connue à la manière des objets de science. Pour Kant, "toute connaissance commence par les sens... (3)". Il ne saurait donc y avoir connaissance lorsqu'il n'y a pas intuition sensible ; or la sensibilité ne peut avoir d'intuitions qu'"empiriques", c'est-à-dire de l'ordre de la nature. La liberté, étrangère à cet ordre, ne peut faire l'objet d'une intuition sensible et par là d'une connaissance ultérieure. Eric Weil la réserve donc à un mode supérieur de la connaissance puisqu'"elle est sue immédiatement comme fondement de toute connaissance des faits" (2). Par ce biais il semblerait donc accorder à l'homme ce "savoir immédiat", "l'intuition intellectuelle" que Kant ne réservait qu'à Dieu. Là, la liberté n'était que "postulée", elle était l'un des objets de cette "foi" qui avait remplacé le "savoir". Ici, elle est l'objet du savoir lui-même, d'un savoir qui a fait l'économie du temps et qui joint à l'immédiateté de l'intuition, l'objectivité de la connaissance. En outre, acte de savoir et objet du savoir coïncident ici : il ne s'agit en rien d'une connaissance d'entendement précédée d'une préalable intuition sensible. On est en droit de supposer que dans ce "savoir immédiat", celui qui sait et ce qui est su sont une seule et même chose. C'est la raison libre ou la liberté raisonnable qui se sait elle-même comme fondement de toute connaissance des faits. "Les faits ne se révèlent qu'à la question de l'être libre" (2).

Au demeurant, qu'est-ce qu'un fait ? Pour Eric Weil ce ne sont pas les faits qui déterminent le contexte, c'est le choix du contexte qui détermine ce qui sera regardé comme fait décisif ou comme simple apparence. Il n'y a donc de faits que par et pour une liberté, pour un être capable de choisir un horizon sur lequel ils viendront se découper "Aussi nul fait ne peut faire douter de la liberté" (4) : disons même que son existence en tant que telle en porte témoignage. Telle est bien d'ailleurs la position de l'épistémologie bachelardienne : le fait ne renvoie pas à l'objet mais au sujet et la science se définit avant tout par son projet qui relève de la liberté. C'est pourquoi "la science et ses faits ne réfutent pas la volonté morale mais sont fondés sur elle et reposent sur une décision morale, sur la décision à l'universalité, la décision à la morale" (4).

(2) Eric Weil, *Philosophie politique*, introduction, p. 20, Vrin.

(3) Emmanuel Kant, *Critique de la raison pure*, seconde préface, p. VII, PUF.

(4) Eric Weil, *Philosophie politique*, introduction, p. 20, Vrin.

Mais précisément parce qu'elle n'est pas de l'ordre des faits la liberté ne paraît pas non plus dans le monde des faits : paraître c'est être conditionné. Une liberté qui paraîtrait dans le monde des faits serait alors saisie comme liberté conditionnée... Paradoxe évident ! *"Tout acte réel, même celui de l'homme moral, est conditionné pour autant qu'il est connu"*(4). On peut donc supposer que l'acte moral procéderait de la liberté et appartiendrait par là au monde nouménal qui établirait un règne de la causalité par liberté ; mais en tant que cet acte est réel, qu'il est connu, qu'il apparaît, il appartient à l'ordre des faits, et, comme tel, il ne pourra être lu par rapport à la liberté mais seulement dans sa relation nécessaire à la chaîne des conditions qui le déterminent. Telle est la sévère exigence de l'entendement qui légifère dans l'intérêt du connaître : que tout ce qui arrive dans la nature soit strictement déterminé. Si en un seul point la chaîne des causes se trouvait brisée par l'irruption d'une cause non causée, à savoir d'une cause libre, tout l'édifice de la connaissance se trouverait ruiné jusqu'à sa racine. Décidément la liberté, Idée de la raison, ne peut être "*connue*" par l'entendement.

"Je peux savoir qu'un acte procédant d'une maxime fautive n'est pas libre" (4). "La maxime -c'est-à-dire le principe subjectif d'après lequel la volonté se détermine- mérite le qualificatif de "*fautive*" lorsqu'elle ne consacre pas l'autonomie de la volonté, ou lorsqu'elle ne veut pas être à soi-même sa propre loi : elle emprunte alors le mobile de sa détermination non à soi, mais à l'ordre sensible : comment un acte peut-il être libre, se référer uniquement à un monde intelligible s'il procède d'une maxime "*pathologique*", d'une maxime dans laquelle la volonté "*hétéronome*" se laisse déterminer par la sensibilité et les intuitions empiriques qu'elle propose ? "*J'ignorerai toujours si l'acte moral a été inspiré par la seule raison*" (5). Kant affirmait déjà qu'il est toujours possible, alors même que la volonté semble s'être déterminée par elle-même, qu'elle ait subi une "*influence secrète*". Comment prouver par l'expérience la non réalité d'une cause, alors que l'expérience ne nous apprend rien au-delà de ceci que cette cause nous ne l'apercevons pas ?

Certes, "*tout acte apparaissant est conditionné*" (6) : en tant qu'il apparaît, un acte renvoie à la série des conditions qui le déterminent et le terme "*apparaître*" n'indique même rien d'autre que l'ensemble de ces conditions. Il ne saurait, en particulier, indiquer la non réalité d'une condition ! On voit pourquoi il est impossible de savoir si un seul acte moral a jamais été accompli. Mais cela ne doit pas être prétexte à douter de la morale. "*Elle est vraie*" (6). Cette affirmation repose sur une certitude. Il ne saurait en aucun cas s'agir d'une certitude de fait puisque les faits ne nous présentent aucun exemple d'un acte véritablement libre ; mais il s'agit d'une certitude de droit qui "*relève de la seule liberté, présente comme volonté de raison et d'universalité*" (6). Comment se présente alors cette morale ? Comme une morale pure, affranchie de tout contenu empirique. Son unique règle, c'est l'obligation pour la volonté d'être autonome, de vouloir être à soi-même sa propre loi et de ne se déterminer que par la seule forme d'une loi en général. Une telle morale relève de la liberté : seule, une liberté peut se

(5) Emmanuel Kant, *Critique de la raison pratique*, p. 52, PUF.

(6) Eric Weil, *Philosophie politique*, introduction, p. 20, Vrin.

séparer du monde sensible et se déterminer de manière inconditionnée sans référence à l'ordre empirique. Mais il faut, pour pouvoir se déterminer ainsi, avoir choisi la raison, qui peut seule prendre quelque intérêt à la forme d'une loi, à l'universel alors que la sensibilité ne s'inquiète que de la matière, du particulier. Cette morale n'est pas une morale concrète, mais une **morale critique**, formelle et négative. Son unique loi est celle du respect de la liberté raisonnable, de l'universalité, en chaque être humain.

II - DIALECTIQUE DE LA MORALE : INTENTION ET RESPONSABILITÉ

L'INDIVIDU : MORALE D'INTENTION OU MORALE DE LA RESPONSABILITÉ ?

Le simple énoncé de cette problématique, morale d'intention ou morale de la responsabilité nous situe d'emblée au centre de l'antinomie fondamentale de l'action. En effet agir, c'est unifier trois termes : l'intention, les moyens et la fin. "*Si agir... c'est disposer des moyens en vue d'une fin*", il convient de remarquer aussi "*qu'une action est par principe intentionnelle*."(7).

Alors le dilemme se pose. Car, toute activité orientée selon la morale peut être subordonnée à deux maximes totalement différentes : la première accordant la primauté à l'intention, la seconde à la responsabilité. Au demeurant, il serait naïf de penser que la morale d'intention soit identique à l'absence de responsabilité et la morale de responsabilité à l'absence d'intention puisque tout acte se compose des trois modalités : intention, moyens, conséquences. Toutefois on pourrait noter "*une opposition abyssale entre l'attitude du chrétien qui fait son devoir, et en ce qui concerne le résultat de son action, s'en remet à Dieu, et l'attitude de celui qui dit : "nous devons répondre des conséquences prévisibles de nos actes"* (8). Dans le premier cas, l'acte moral est l'acte accompli dans une intention droite, quel que soit son aboutissement : il est moral *a priori* ; alors que dans le second cas, l'acte moral est l'acte accompli en vue d'une fin bonne quels que soient les moyens employés pour parvenir à cette fin dernière : il n'est moral qu'*a posteriori* lorsque se réalise vraiment l'aboutissement de l'action...

Comment résoudre cette problématique en ce qui concerne l'individu ? Tout d'abord il faut garder présent à l'esprit la condition *sine qua non* de la vérité de toute morale indiquée dans la première partie, à savoir la liberté. Comment pourrait-on juger de nos intentions, comment pourrait-on apprécier notre responsabilité si nos actes s'inscrivaient dans un mécanisme universel ? La responsabilité tout comme l'intention d'un individu ne peuvent avoir de réalité morale qu'après l'affirmation de sa liberté. Il doit pouvoir choisir avant d'agir... Morale d'intention et morale de la responsabilité ne sont vraies que si elles relèvent de la seule liberté.

(7) Jean-Paul Sartre, *L'Être et le Néant*, IV, chap. 1, p. 508, PUF.

(8) Max Weber, *Le savant et le politique*, II, p. 172, 10-18.

Alors Sartre aurait-il raison ? *"L'homme est condamné à être libre ... il porte le poids du monde tout entier sur ses épaules ; il est responsable du monde et de lui même en tant que manière d'être"* (9). Sa morale de la responsabilité adopte comme unique fondement le libre projet individuel ; chacun crée librement ses valeurs et s'oriente dans la vie morale en fonction de ce choix fondamental. Voilà pourquoi Sartre ne peut rien répondre à l'étudiant qui vient lui demander s'il doit s'occuper de sa mère ou partir pour le front. C'est à lui de trouver sa solution ; seules les circonstances deviennent des motifs pour le choix de l'une ou l'autre alternative, mais de plus, seule la fin préférée décide du motif... C'est pourquoi *"la responsabilité du pour-soi est accablante puisqu'il doit assumer entièrement cette situation avec son coefficient d'adversité propre, fût-il insoutenable"* (9). Par cette citation nous abordons le drame d'une morale de la responsabilité pour l'individu. C'est un véritable pari qui décide de tel ou tel acte en vue d'une fin indéterminée ; or on sait que ce à quoi aboutit une action est rarement conforme au projet initial, d'où l'insoutenable sartrien...

Cette responsabilité absolue, simple revendication logique des conséquences de la totale liberté individuelle paraît difficile à assumer puisqu'elle doit nous faire répondre des modifications imprévisibles de nos actes. Que *"chaque individu décide, de son propre point de vue, qui est Dieu et qui est Diable"* (10) cela s'entend mais il semble aberrant qu'après ce choix *"les jeux soient faits"* et que l'individu ait à se reconnaître comme unique auteur d'une situation qu'il n'aurait pas voulue : *"la force des choses nous conduit peut-être à des résultats auxquels nous n'avions pas pensé"* (11). Pour ces raisons une morale de la responsabilité absolue nous semble difficile à accepter pour l'individu.

Devrons nous alors adopter la morale kantienne de la pure intention, reflet fidèle du Sermon sur la Montagne ? Selon ces morales universelles seule la pureté de l'intention est moralité véritable : *"une action accomplie par devoir tire sa valeur morale non pas du but qui doit être atteint par elle, mais de la maxime d'après laquelle elle est décidée ; elle ne dépend donc pas de la réalité de l'objet de l'action, mais uniquement du principe du vouloir d'après lequel l'action est produite sans égard à aucun des objets de la faculté de désirer"* (12). Par exemple, le marchand honnête est moral s'il est honnête par devoir ; il n'a aucune valeur morale s'il est honnête par intérêt. L'intention est dite intention pure lorsqu'elle se conforme absolument à l'impératif catégorique : *"Agis uniquement d'après la maxime qui fait que tu peux vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle"* (12). Donc l'universalité est le critère de la moralité : pour Kant comme pour Weil les maximes de la volonté seront jugées bonnes lorsqu'elles peuvent être universalisées et mauvaises dans le cas contraire. Or quelle est la valeur de ce critère ? Benjamin Constant a dénoncé les contradictions inhérentes à ce critère par cet exemple : si je cache un ami poursuivi par d'éventuels assassins et que ces derniers se présentant chez moi me demandent si mon ami s'y trouve, je dois dire la vérité et répondre oui,

(9) Sartre, *L'Être et le Néant*, IV, chap. 3, p. 639, PUF.

(10) Max Weber, *Le savant et le politique*, I, p. 85, 10-18.

(11) Saint Just cité par Freund dans *l'Essence du Politique*, p. 642, Sirey.

(12) Emmanuel Kant, *Fondements de la Métaphysique des Mœurs*, p. 99, Delagrave.

car la maxime qui admet le mensonge ne peut s'universaliser. Mais abriter quelqu'un, n'est-ce pas un pacte latent ? Donc dire la vérité aux poursuivants, n'est-ce pas rompre la promesse implicite de sécurité faite à son ami ? On ne peut pas plus universaliser cette conduite... De plus certaines maximes auxquelles nous accordons pourtant notre adhésion ne peuvent s'universaliser sans se détruire : par exemple, la charité. Hegel a démontré que le principe évangélique qui commande de donner tout son bien aux pauvres ne peut pas s'universaliser sans aboutir à une impasse définitive. Et pourtant on ne peut mettre en doute que toutes les maximes de charité n'aillent dans le sens du bien... Donc l'universalité n'est pas un critère suffisant de la moralité puisque ce qui est universel n'est pas forcément bien et que ce qui est jugé comme Bien ne peut pas toujours s'universaliser !

Le critère de moralité se résumerait-il alors dans l'intention première véritable moteur de l'action accomplie par l'individu ? Cela semble difficile. Car qui aurait la possibilité de dire sans erreur l'intention première ? *"Dès qu'on se met à discuter des intentions, il n'existe pas de critère objectif"* (13). *"Dieu seul pourrait sonder les reins et les coeurs"* (14). Comment savoir si un acte se réfère uniquement à un monde intelligible ou s'il procède d'une maxime *"pathologique"* dans laquelle la volonté de l'individu se serait laissé déterminer par la sensibilité ? Le rigorisme de la morale de l'intention est dans l'impossibilité de savoir si un seul acte moral a jamais été accompli... Il semble donc nécessaire pour l'individu d'abandonner ce purisme indéfinissable qui se voulait par trop universel et qui ne pouvait entrer dans le détail de l'action. En ce sens Peguy avait raison : *"Kant a les mains pures ... mais il n'a pas de mains"*...

Face aux infirmités des deux morales, quels conseils donner à un individu pour diriger ses actions ? Pour exister, une morale ne doit pas seulement mettre en évidence la liberté humaine mais elle doit en outre définir un Bien et un Mal en référence auxquels seront jugées les utilisations possibles de la liberté. Or si le Bien était connu de façon absolue, toute liberté serait détruite par le caractère irrésistiblement contraignant de ce savoir. Alors faudrait-il accepter un véritable subjectivisme axiologique ? Ceci nous entraînerait irrémédiablement vers le nihilisme, donc vers l'impossibilité pour un être humain de devenir moral... Or si nous ne connaissons pas le Bien, nous éprouvons dans la vie l'expérience de l'échec, de la solitude, de la faute : par ces expériences négatives nous réalisons en toute conscience notre mauvaise conduite... et opérons une conversion de choix. Par cette *"catharsis"* l'homme acquiert la dignité d'une personnalité authentique : il découvre l'éthique ou art de diriger sa conduite, art permettant la symbiose au sein de l'action entre la conviction et le souci des conséquences prévisibles.

(13) Freund, *l'Essence du politique*, p. 184, Sirey.

(14) Cité par Freund, Malebranche, *Traité de morale* II, 7, Sirey.

LE CITOYEN : MORALE D'INTENTION OU MORALE DE LA RESPONSABILITÉ ?

Si l'individu est législateur et sujet en ce qui concerne la morale de son action, ce dernier élevé au rang de citoyen perd le privilège de la législation : il est soumis aux lois de la Cité qui fixent l'ordre. Or, selon la Cité, cette notion d'ordre ne recouvre pas toujours celle de justice. Et pourtant afin de poser la problématique morale d'intention ou morale de la responsabilité la liberté politique de l'individu au sein d'une société doit être présupposée ; mais elle ne peut résider exclusivement ni dans la prédominance du privé, ni dans celle du public. La liberté ne trouverait de refuge que dans un juste équilibre entre ces deux pôles, public et privé. La liberté du citoyen de cette société "idéale" serait en conséquence moindre que celle du citoyen dans une société "libérale" et supérieure à celle du citoyen dans une société "totalitaire".

Le citoyen devrait-il donc épouser une morale de la responsabilité qui affirmerait l'existence d'une totale solidarité humaine, qui l'entraînerait irrémédiablement vers une théorie de la culpabilité collective ? Il devrait, par exemple en tant que citoyen allemand se considérer comme coupable parce qu'il ne s'est pas révolté contre Hitler, parce qu'il n'est pas descendu dans la rue pour refuser la violence et l'ignominie des camps de concentration... Jaspers et Sartre sont d'accord pour penser que *"toute guerre devient ma guerre si je refuse de m'y soustraire par le suicide ou la désertion, de sorte que je la mérite parce que je l'ai personnellement choisie"* (15). Néanmoins une telle conception a tendance à assimiler le citoyen à l'homme politique et demeure théorisation abusive. Car comme l'écrit Freund, *"si la famine sévit en Chine, le gouvernement chinois n'y serait pour rien ou plutôt nous serions aussi responsables que lui. Pourquoi dans ces conditions les Chinois auraient-ils besoin d'un gouvernement ou d'une révolution ? Une telle conception nie arbitrairement la politique"* (15).

Le citoyen anonyme, véritable terrain de la lutte entre la politique et la morale devrait-il pour une morale de l'efficacité ressembler au citoyen marxiste, c'est-à-dire se transformer en un "je" "fiction grammaticale", être le "zéro" du livre de Koestler ? Doit-il complètement nier sa conscience individuelle ? Le citoyen communiste s'annihile entièrement, mise *"la conscience et les valeurs de l'homme intérieur sur une entreprise extérieure"* (16). L'homme marxiste n'est plus sujet moral, pensant... Son "je" serait par trop irréel et indécent ; *"il n'est homme point par ses intentions, mais par ce qu'il fait"* (17), et sa conduite ne serait jugée que sur son sens objectif. Aussi une fois arrêté, l'opposant Roubachof devient-il en vérité un traître et finit-il par *"avouer"* car l'homme, sujet intérieur, n'existe plus à la seule fin de faire renaître *"l'homme total"* ... Seulement si Roubachof a pu se fondre avec l'histoire universelle et prendre l'aspect d'un traître pour les autres, il ne saurait le faire à ses propres yeux car *"il n'est pas lui-même l'histoire universelle"* (18).

(15) Freund, *L'Essence du politique*, Note p. 685 et p. 686, Sirey.

(16) Merleau-Ponty, *Humanisme et Terreur*, Préface, p. 16.

(17) Merleau-Ponty, *Humanisme et Terreur*, Préface, p. 9.

(18) Merleau-Ponty, *Humanisme et Terreur*, Préface, p. 12.

Il semble donc que la conception qui partirait du principe fondamental selon lequel une fin collective justifierait tous les moyens et non seulement permettrait mais "*exigerait que l'individu soit en toute façon subordonné et sacrifié à la communauté - laquelle pourrait disposer de lui soit comme d'un cobaye qui servirait à une expérience, soit comme de l'agneau que l'on offrirait en sacrifice*" (19) soit contestable. Car les procès demeurent dans le subjectif, parce qu'ils portent sur des faits encore ouverts vers l'avenir, parce que la fin, le résultat de l'action de Roubachof, sa "*traîtrise*" n'est véritablement trahison qu'à ce moment historique précis, c'est-à-dire celui du procès. Elle ne l'aurait pas été après et elle ne l'a pas été réellement...

Alors le citoyen doit-il, *a contrario*, prôner une morale de la conviction, morale personnelle qui le dresserait "*contre les pouvoirs*" ? "*Contre*", cela ne veut pas dire nécessairement que le citoyen doive battre le pouvoir en brèche mais cela signifie que le sujet moral se heurte à la loi écrite, se heurte au gouvernement. Par exemple, le pacifiste absolu refuse inconditionnellement de porter les armes ou de tuer son semblable ; par là, lorsque "*sa cité*" se trouve en guerre, il s'oppose, conformément à sa conscience de sujet moral, à la décision écrite de son "*Prince*". S'il semble fidèle à son devoir moral, il est infidèle à son devoir civique : insoutenable dialectique de l'homme citoyen. Avec l'exemple de l'objecteur de conscience on peut s'interroger aussi sur l'intention première qui le pousse à ne pas se battre. Est-ce par devoir moral, conformément à l'Évangile ? Alors il est un saint, son acte est sublime... ou est-ce par lâcheté, par peur de la violence ? Alors il est un lâche, son acte est de mauvaise foi...

Pour résoudre la dialectique de la morale chez le citoyen : intention ou responsabilité, seul Socrate, partisan de l'éthique de la conviction semble être, par son exemple, la synthèse possible. Il sait que la condamnation d'Athènes est injuste, mais il refuse de s'enfuir pour y échapper : "*Socrate meurt pour la morale d'Athènes qu'il désapprouve, convaincu qu'en n'obéissant pas aux lois, pourtant injustes, il détruisait, quant à lui, la loi de la communauté et ainsi la possibilité de toute morale*" (20). Le citoyen, sans se détruire en tant que sujet pensant, doit cependant tenter de ne jamais violer la loi écrite, il doit s'efforcer de ne pas répondre "*à l'injustice par l'injustice, au mal par le mal*" (21). Comme dans la philosophie Hegelienne, il a la liberté de penser, de dire ce qu'il estime contraire à sa conviction morale mais il ne doit pas se révolter contre l'État. Car l'individu ne peut réellement exister comme libre que dans les limites définies par l'État et l'État ne peut se réaliser que par la reconnaissance des citoyens. En cela le citoyen assume pleinement son devoir moral et son devoir civique. Il faudrait remarquer que la mort de Socrate permet la reconnaissance future de toute loi : "*il appartient donc à l'homme de juger la loi au risque d'être jugé par elle*" (22). Socrate est donc bien la seule résolution possible du conflit dialectique, intention et responsabilité pour le citoyen ; seule permissivité de l'avènement d'une Cité plus juste.

(19) Koestler, *Le Zéro et l'Infini*, p. 177.

(20) Eric Weil, *Philosophie morale*, I, p. 43, Vrin.

(21) Platon, *Criton*, p. 79, Garnier Flammarion.

(22) Merleau-Ponty, *Humanisme et Terreur*, Préface, Gallimard.

L'HOMME POLITIQUE : MORALE D'INTENTION OU MORALE DE LA RESPONSABILITÉ ?

Lorsque le citoyen devient homme politique, lorsqu'il a la charge d'un État, lorsqu'il doit guider son peuple vers le bien, quelle morale doit-il choisir ? Doit-il comme Kant le préconise ressembler à cet homme de bien, à ce "*politique moral*" "*prince*" qui "*subordonne ses desseins aux principes*" (23) Pour cet auteur, seule la règle de justice est capable du point de vue théorique de servir de guide au politique et il ne doit pas y avoir de guerre. Là nous touchons le fond du problème : pourrait-il y avoir une justification de la violence en politique ? Selon la philosophie kantienne, absolument pas. Un exemple pourrait illustrer cette doctrine : en Pennsylvanie une secte chrétienne, adepte d'un pacifisme radical avait essayé de construire un État qui se refusait à utiliser la force dans ses relations extérieures ; la conséquence tragique de leur essai a montré l'impossibilité d'une morale de l'intention pour l'homme politique car "*lors du déclenchement de la guerre d'indépendance, les Quakers ne purent intervenir l'arme à la main dans un conflit dont l'objectif était pourtant la défense d'idéaux identiques aux leurs*" (24). De plus, l'homme politique moral dont l'objectif est de tenter en permanence une moralisation de sa politique peut être amené à se transformer pour faire triompher sa justice en un partisan de la violence : "*l'humanisme, lorsqu'il veut s'accomplir, en toute rigueur, se transforme en son contraire, c'est-à-dire en violence*" (25). Kant deviendrait Robespierre... D'ailleurs Hobbes tout comme Spinoza ont démontré que la morale ne pouvait tenir lieu de politique parce qu'elle verserait trop facilement dans l'idéologie, voire même le fanatisme et justifierait "*ainsi de manière infâme les tueries en faisant de l'ennemi politique l'image du mal qu'il faudrait exterminer*" (26). On peut aussi citer la rupture de la tradition diplomatique avec la signature du traité de paix de Versailles ; ce traité refusant de négocier avec le vaincu et lui imposant purement et simplement les conditions du vainqueur. "*Le traité de paix prenait l'allure d'une condamnation*" (27). Le politique moral devrait donc être rejeté car la violence exercée au nom d'une idéologie qui se dirait morale "*est d'autant plus implacable ... qu'elle se donne un alibi grâce à des justifications éthiques*" (28).

Doit-on alors adopter avec Machiavel la figure du "*moraliste politique*", c'est-à-dire du politicien qui justifie ses actes par la nécessité des circonstances ? Montaigne décrivait déjà l'homme politique comme une conscience malheureuse car "*le bien public requiert qu'on trahisse qu'on mente et qu'on massacre*". Comme Max Weber l'affirme, l'homme politique doit se pénétrer de cette certitude : "*la politique est d'essence immorale*" parce qu'elle lutte pour le pouvoir et que tout pouvoir implique la violence. C'est le symbole du citoyen de Florence qui "*a préféré la grandeur de la cité au salut de*

(23) Emmanuel Kant, *Projet de paix perpétuelle*, Vrin.

(24) Max Weber, *Le Savant et le Politique*, p. 178.

(25) Koestler, *Le Zéro et l'Infini*, conclusion

(26) Freund, *l'Essence du politique*, p. 162, Sirey.

(27) Freund, *l'Essence du politique*, p. 494, Sirey.

(28) Freund, *l'Essence du politique*, p. 499, Sirey.

son âme" (29). On pourrait aussi citer le marxisme comme exemple de violence accomplie "en-vue-d'une-fin-bonne-", en vue de la naissance d'une nouvelle société, véritable âge d'or promis : or, "il attend encore son dû".(30) !... Qui pourrait dire, qui pourrait prévoir, qui pourrait garantir tel déroulement de l'action ou tel autre ? Aucun chef d'État ne peut affirmer avant d'agir que telle violence est légitime ... car toute théorie de l'action est une théorie du risque. Si "gouverner c'est prévoir, le politique ne peut s'excuser sur l'imprévu. Or il y a de l'imprévisible. Voilà la tragédie" (30). Seuls des Dieux auraient la faculté d'anticiper les conséquences imprévisibles, mais les hommes politiques ne sont malheureusement que des humains

Le rejet du moraliste politique tout comme celui du politique moral provient de la contingence du domaine de l'action. C'est pourquoi Max Weber se retranche dans une simple émotion : "je me sens bouleversé très profondément par l'attitude d'un homme mûr ... pratiquant l'éthique de la responsabilité et qui en vient à déclarer : je ne puis faire autrement, je m'arrête là." (31)... Par cette phrase il explicite ce que pourrait être l'éthique de la responsabilité d'un chef d'État. Or, dans l'action politique deux attitudes sont en partage : "l'une instrumentale, l'autre morale. L'homme d'État, certainement plus porté à la responsabilité, ne serait-ce que pour se justifier lui-même et le citoyen plus porté à la conviction, ne serait-ce que pour critiquer l'homme d'État" (32). L'éthique de la conviction et l'éthique de la responsabilité se complètent l'une l'autre pour constituer "un homme qui puisse prétendre à la vocation politique" (32).

La dialectique "morale d'intention et morale de responsabilité" a révélé dans son déploiement d'autres dialectiques : privé-public, morale-politique. Elle nous a obligé à glisser pour la résoudre d'une morale formelle universelle à une éthique prenant certes appui sur cette universalité mais la rendant accessible aux contingences de l'action. C'est pourquoi l'homme politique a pour "seule attitude respectable celle qui prend en charge avec toutes les conséquences, la violence s'il estime qu'elle est inévitable, quitte à entrer en conflit avec la morale, sans chercher une autre justification que politique à son action et sans se donner le masque d'un comédien de l'éthique" (33). Pour ces raisons la politique demeurera-t-elle à jamais le lieu de la tragédie moderne où s'affronteront sans cesse la vérité de l'individu et les exigences de l'universalité, comme dans la tragédie antique, la volonté du héros et le destin fixé par les dieux.

(29) Machiavel, *Histoires florentines*, Poches.

(30) Merleau-Ponty, *Humanisme et Terreur*, Gallimard.

(31) Max Weber, *Le Savant et le Politique*, p. 183.

(32) Aron, *Les Étapes de la pensée sociologique*, p. 529.

(33) Freund, *L'Essence du politique*, p. 522, Sirey.

LA DÉLIMITATION DES CIRCONSCRIPTIONS POUR LES ÉLECTIONS LÉGISLATIVES ET CANTONALES SOUS LA V^o RÉPUBLIQUE

Par
Isabelle BADORC
Diplômée de l'I.E.P. d'Aix-en-Provence
D.E.S.S. Administration Locale
et
Frédéric VEAU
Diplômé de l'I.E.P. d'Aix-en-Provence
Élève de l'École Nationale d'Administration

INTRODUCTION

Le scrutin majoritaire uninominal à deux tours s'est imposé comme le mode de scrutin "traditionnellement républicain" (1) des élections cantonales et législatives sous la V^o République.

En effet, quelles que soient les controverses sur ses incidences politiques, les vagues hésitations entourant son établissement (2), toutes les élections cantonales et législatives (3) se sont déroulées, depuis 1958, au scrutin majoritaire.

De par sa nature même, le scrutin majoritaire impose de délimiter sur le territoire, autant de circonscriptions électorales qu'il y a de sièges à pourvoir dans l'assemblée considérée (4). Ainsi, chaque circonscription constitue le cadre d'une élection particulière.

Or, l'on sait par expérience que découper des circonscriptions électorales, cantonales ou législatives, ne se résume pas, pour le responsable

(1) "Variations sur le régime des élections locales", A. Mabileau, "*Pouvoirs locaux*", n° 4, p. 75. Le scrutin majoritaire est en vigueur depuis 1871 en matière cantonale, depuis 1958 pour les élections législatives, après avoir été utilisé pendant une bonne partie de la III^e République (1870-1885 / 1889-1919 / 1927-1939).

(2) Notamment pour le rétablissement du scrutin majoritaire pour les législatives en 1958.

(3) Exception faite des législatives de 1986.

(4) Assemblée Nationale ou Conseil Général.

politique, à une pure et simple opération topographique visant à établir une limite officielle entre les matérialisations de plusieurs entités électorales.

Car si le choix d'un mode de scrutin est avant tout une "question de circonstances", voire de sauvegarde électorale, pour la majorité ou le parti au pouvoir (5), cela est davantage encore le cas en matière de découpages électoraux.

D'ailleurs traîne en ce domaine une vieille et traditionnelle suspicion sur le monde politique : souvent secrètes, obscures, voire inconnues du citoyen, les opérations de remodelage de cartes électorales apparaissent comme le domaine et le moment de prédilection pour engager des manœuvres politiciennes.

Il est vrai qu'en ce domaine la société politique française n'est pas exempte de tout reproche. L'on ne se référera certes pas aux manœuvres électorales avérées du II^e Empire (6).

Moins vivaces dans les mémoires mais néanmoins significatives sont les douteuses réformes électorales de la III^e République. Chaque redécoupage donnait alors lieu à de cyniques négociations où les partis de l'arc constitutionnel réglaient ces questions "en famille" (7) au sein de commissions parlementaires.

Qu'en est-il des découpages électoraux cantonaux et législatifs aujourd'hui, en France ? (8). C'est à cette question que nous avons tenté de répondre, faisant l'inventaire de la part des attitudes traditionnelles et des innovations en l'espèce, par deux enquêtes en 1987-1988 et 1990-1991.

Nous avons certes exploité l'ensemble des pièces et documents publiés. Mais en parallèle, nous avons mené un travail d'enquête auprès des principaux acteurs des découpages électoraux récents (cantonaux de 1984, 1985 et 1990-1991 ; législatif de 1986) afin de savoir, qui à l'heure actuelle, redécoupe, à partir de quoi, comment, et avec quels objectifs (9).

D'emblée, les éléments d'un premier constat se sont imposés : s'il est évidemment nécessaire de délimiter des circonscriptions territoriales pour que puissent se tenir les élections cantonales et législatives, chaque type de découpage a ses propres spécificités. Il n'existe pas d'analogie absolue.

Cela tient à la différence de nature et d'origine qui existe entre le canton et la circonscription législative. La circonscription législative ne

(5) Voir en ce sens les déclarations de Ch. de Gaulle (...) et de F. Mitterrand (...) ainsi que les considérations électorales ayant entouré le rétablissement du scrutin majoritaire à deux tours en 1958 (pour des communistes, ouverture de la majorité) et de la représentation proportionnelle en 1985 qui, cumulée à l'augmentation du nombre des députés, permettait de limiter le nombre de députés socialistes sortant battus.

(6) Découpage "sur mesure" pour les bonapartistes qui bénéficiaient d'une campagne officielle sur papier blanc et du soutien du Préfet.

(7) Déclaration encore entendue aujourd'hui. L'on cite tout particulièrement le cas des découpages de 1927 et 1931 pris après de "sordides" négociations selon le mot d'un contemporain.

(8) On n'abordera le cas des découpages pour des élections sectorisées (Paris, Lyon, Marseille, Nouvelle Calédonie) que pour mémoire.

(9) Cet article est le fruit de deux recherches universitaires : "*La délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés en 1986*", Frédéric Veau, Mémoire de l'Institut d'Études politiques d'Aix-en-Provence (1987-1988), sous la direction de M. André Roux, Professeur des Facultés de Droit. "*Le découpage des cantons sous la V^e République à travers l'exemple varois*", Isabelle Badorc, DESS Administration locale, Université de Toulon et du Var, (1989-1990), sous la direction de M. Philippe Marie, Directeur-adjoint du Cabinet du Président du conseil général du Var.

constitue que le cadre territorial et démographique de l'élection, le jour du scrutin, elle a définitivement cessé d'être une entité territoriale administrative permanente (10).

En revanche, le canton constitue souvent, en zone rurale, le produit d'une longue histoire. Il recouvre très souvent des entités géographiques économiques et sociologiques unifiées dès le Moyen-Age. La Révolution puis l'Empire ont consacré l'existence de ces entités, les érigeant en cellule administrative de base, siège des pouvoirs régaliens : impôts, force publique, justice, conscription. En 1871, enfin les cantons se sont vu attribuer une fonction de circonscription électorale, alors très équilibrée sur le plan démographique (11). Aujourd'hui, c'est d'ailleurs cette fonction électorale qui est la plus importante.

Conséquence de cette nature et de cette origine historique différentes : il est relativement aisé de réviser les circonscriptions législatives, souvent très largement artificielles sur le plan de la cohérence géographique, historique, sociologique, économique. En revanche, il est beaucoup plus complexe d'ajuster le découpage cantonal aux impératifs démographiques et d'égalité de représentation : comment remodeler, fusionner, voire supprimer des entités qui apparaissent représentatives des terres, dans leur conception séculaire.

Pas d'analogie, certes, mais cela ne veut pas dire pour autant que l'on ne puisse comparer, voire mettre parfois en parallèle les redécoupages législatifs et cantonaux. Le premier trait d'union en ce domaine n'est-il pas, en tout premier lieu, constitué par le cercle très restreint de personnes établissant ou bien suivant l'évolution des cartes électorales au sein des institutions publiques et des états majors politiques (12).

Un deuxième trait commun peut être trouvé, également, dans une interrogation. Une fois les auteurs d'un découpage électoral identifiés et les procédures établies, l'on doit se demander quelle est la marge de manœuvre politique dont ils disposent, en d'autres termes, dans quelle mesure peuvent-ils entreprendre un "charcutage" électoral qui tendrait à fausser l'expression du scrutin.

Le dernier élément de liaison est aussi l'influence réciproque des deux découpages, notamment depuis 1958, date à laquelle le canton devient l'unité de base du découpage des circonscriptions législatives.

(10) A leurs origines, les circonscriptions législatives correspondaient aux arrondissements. Peu à peu, en raison de l'accroissement démographique, les arrondissements les plus peuplés ont été scindés en plusieurs circonscriptions, les moins peuplés ont été fusionnés. La correspondance s'est estompée au point que depuis 1958 le découpage législatif ne fasse plus référence à l'arrondissement.

(11) Voir, J.L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif*, P.U.F., 1987. Il en va différemment pour les cantons urbains. Ainsi, Marseille compte-t-elle 22 cantons, correspondant autrefois grosso-modo, aux quartiers de la ville. Or, aujourd'hui, le canton des "Calanques" croît sur le plan démographique alors que celui du Vieux-port est exsangue. La notion même de quartier est tellement dépassée que certains conseillers généraux ignorent les limites exactes de leur circonscription.

(12) Si le titre des responsables varie selon qu'ils se trouvent dans la majorité, l'opposition, en cabinet ministériel ou en état major politique, l'on constate leur très faible nombre (2 ou 3 par parti seulement). L'aspect anecdotique de la chose et que les derniers responsables de ces questions place Beauvau, se soient succédés dans le même bureau sous les combles du ministère, au gré des alternances récentes.

Si les logiques des circonscriptions sont différentes, il existe sur le fond et sur la forme, de nombreux points de rencontre.

Dans les deux cas, la procédure d'élaboration des cartes électorales (I) concède au pouvoir exécutif, à travers le ministre de l'Intérieur d'importantes marges de manœuvre, malgré le poids déterminant des mécanismes consultatifs. Dans le même ordre d'idées, au-delà d'un antagonisme dans la priorité à accorder aux critères du découpage, ces opérations connaissent un contenu et des effets politiques (II) assez similaires.

*

PREMIÈRE PARTIE LA PROCÉDURE D'ÉLABORATION D'UN DÉCOUPAGE ÉLECTORAL

Si l'on polémique souvent sur les composantes politiques ou les insuffisances d'un découpage électoral, on n'en connaît paradoxalement peu la procédure d'élaboration.

Circonscriptions législatives et cantonales suivent un processus de conception assez similaire malgré des instruments juridiques distincts, bien qu'une préférence pour des actes réglementaires apparaisse clairement, traduction juridique d'une volonté de peser sur les procédures mais aussi sur les pouvoirs périphériques et locaux.

Nonobstant, le poids du contexte est si déterminant que chaque réforme semble conserver sa singularité. De plus, l'influence de certaines personnalités modifie les missions de chacun, modulant ainsi le rôle du ministre de l'Intérieur qui s'affirme pourtant comme détenteur d'un pouvoir quasi-discrétionnaire en la matière.

Partie intégrante de la conception d'une carte électorale, les consultations d'instances juridictionnelles et du monde politique sont autant de paramètres à gérer par les artisans du découpage.

Ainsi, si l'étude des instruments et des maîtres d'œuvre d'un découpage électoral confirme le caractère discrétionnaire de cette procédure, l'équilibre des pouvoirs semble rétabli par des mécanismes consultatifs qui en limitent l'arbitraire.

CHAPITRE - 1 - INSTRUMENTS ET ARTISANS

Le découpage des circonscriptions est inhérent au processus électoral. Il constitue par essence une opération de nature politique. De ce fait, toute refonte de tableaux électoraux est marquée par le contexte politique du moment de son élaboration, contexte sur lequel elle tente d'ailleurs d'influer.

Il n'en demeure pas moins, en dépit des aléas de la vie politique, que des constantes se dégagent de chaque opération de découpage électoral, notamment la rapidité de conception et la limitation prudente du nombre de ses artisans.

La durée de préparation d'un découpage est un précieux indice de l'importance politique de la question : elle est très souvent remarquablement

courte : de quelques jours (1958) à quelques semaines (1986). En général, seulement 6 mois séparent la rédaction de la circulaire demandant aux préfets d'effectuer des études préalables à la publication des tableaux électoraux au Journal Officiel (13). En 1986, le gouvernement de Jacques Chirac entame la procédure de redécoupage législatif le 6 avril -soit moins de 3 semaines après sa constitution-, procédure qui trouve son terme le 24 novembre par la promulgation de la loi délimitant les circonscriptions (14). Les contraintes conjoncturelles liées, en raison de la cohabitation, à la menace de dissolution ont obligé le gouvernement à agir au plus vite.

C'est dire si, en amont de l'élection de nos représentants, apanage des démocraties pluralistes, se trouvent des procédures rapides, pour ne pas dire expéditives, gérées en huis clos, confortant l'apparence arbitraire des découpages électoraux.

Apartés, mystère, empressement témoignent de l'importance qu'accordent les gouvernements aux découpages électoraux, qui tentent, au gré de circonstances fluctuantes, de se doter des moyens de contrôler l'évolution des instances électives de la République.

Cette volonté de maîtriser les opérations de réforme électorale se traduit dans les faits par une préférence pour des actes réglementaires. Cette préférence confirme la prépondérance gouvernementale, laquelle s'exerce désormais au profit quasi exclusif du ministre de l'Intérieur.

A - Textes de référence et instruments juridiques du découpage : la consécration du pouvoir exécutif

Au-delà du maniement des "ciseaux de dentellière", les instruments juridiques des découpages sont des actes qui émanent du pouvoir exécutif : circulaires, décrets, ordonnances.

Entérinées par des textes, mais consacrées surtout par la pratique, ces dispositions mettent à l'écart les assemblées parlementaires ou locales concernées, et notamment l'Assemblée Nationale qui, au titre de l'article 34-5 de la Constitution "fixe les règles concernant le régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales". Le recours à de telles méthodes n'est pas sans heurter une certaine "tradition républicaine" dont la querelle des ordonnances de 1986 permet d'apprécier la légitimité.

(13) En 1984, la circulaire adressée aux préfets portant modification des cantons fut datée du 21 juillet 1984, le 30 décembre de la même année, les décrets étaient publiés au J.O..

(14) Le calendrier de la conception du découpage de 1986 se trouve en introduction p. 9 à 20 de l'ouvrage de Robert Ponceyri, *"Le découpage électoral"*, coll. La vie politique, Economica 1988. L'auteur remarque aussi à propos du temps d'exécution que la réforme électorale est accomplie à l'issue de près de 8 mois de procédure, ce qui apparaît nettement mieux en comparaison au système de 1958 "qui avait été mis en place à l'automne 1958, en moins d'une semaine, dans une atmosphère de grande confusion, hors de tout débat parlementaire, de tout avis d'une commission indépendant, de tout contrôle du Conseil d'État ou du Conseil constitutionnel et plus encore peut être sans la vigilance intéressée du premier personnage de l'État".

a) *Les fondements du découpage cantonal ou l'illustration du contrôle des instances locales*

La procédure de découpage des cantons se fonde sur des textes élaborés dans des circonstances historiques et politiques de sortir de crises majeures. Ainsi, l'ordonnance n° 45.26004 s'inscrit en continuité des principes établis par la loi de 1871. Véritable charte départementale, la loi du 10 juillet 1871 limite pourtant l'essor des assemblées locales de façon à prévenir toute agitation provinciale redoutée au lendemain de la Commune de Paris. La même crainte de débordements inspire, là aussi après une guerre et à un changement de régime, les rédacteurs de l'ordonnance de 1945. Ainsi, l'article 3 de l'ordonnance de 1945 dispose-t-il que "les modifications de la circonscription territoriale du canton, les créations et suppressions de cantons et le transfert du siège de leur chef lieu sont décidées par décret en Conseil d'État".

De la sorte, par un texte dont il est l'auteur, le pouvoir exécutif et plus particulièrement le gouvernement s'est durablement octroyé le moyen de définir unilatéralement le cadre de l'élection des conseillers généraux.

Au lendemain de la libération, le pouvoir souhaitait rester maître des évolutions institutionnelles (15) et contenir le parti communiste, auréolé par la résistance, dont on craignait que les vues ne l'emportent en cas de discussion du découpage cantonal au Parlement. En outre, l'article 87 de la constitution de la IV^e République prévoyant le transfert de l'exécutif départemental du préfet au Président du Conseil Général, l'on peut comprendre que les auteurs de ce projet, notamment Michel Debré (16) aient souhaité laisser entre les mains du gouvernement le moyen de contrôler l'évolution politique locale.

D'ailleurs, cette volonté des gouvernements de peser sur l'évolution locale grâce à leur compétence en matière de découpage cantonal est confirmée par les deux "réformes d'ensemble" intervenues sous la V^e République (17). Le découpage de 1973 suit d'un an la régionalisation esquissée en 1972. La composition des conseils régionaux dépendant de celle des conseils généraux, le pouvoir en place tente de faire en sorte que cette évolution lui soit favorable.

Quant à la réforme de 1982, elle accompagne les lois de décentralisation et la victoire socialiste de 1981.

Ainsi donc, grâce à l'ordonnance de 1945, le gouvernement est tout puissant en matière de découpage cantonal. Il apparaît même qu'il utilise cette

(15) Les projets sont flous à la Libération. Michel Debré souhaitait, après la décentralisation des collectivités, modifier la carte administrative française par la création de 50 grands départements. Ce projet justifie sans doute l'importance à accorder au contrôle de nouvelles institutions devant considérablement modifier la configuration politique de la France.

(16) L'influence de Michel Debré semble considérable en matière de découpage de circonscriptions. On peut même se risquer à affirmer que la présence du rédacteur des textes fondateurs des IV^e et V^e Républiques puisse expliquer certaines similitudes entre les instruments et pratiques des découpages électoraux.

(17) Une réforme dite "d'ensemble" se distingue des simples modifications par le fait qu'elle concerne un nombre important de circonscriptions. Elle est en quelque sorte une révision globale de la carte électorale.

faculté sur le long terme pour tenter de peser sur l'évolution politique locale. Il en va de même en matière de découpage législatif.

b) Les ordonnances en matière de circonscriptions législatives ou le détournement du pouvoir de découper au profit du gouvernement

Il n'existe pas, en matière de découpage législatif, de texte comparable à l'ordonnance de 1945 attribuant au gouvernement le pouvoir de délimiter les circonscriptions. Bien au contraire, l'article 34 alinéa 4 de la Constitution de 1958 est très clair : la détermination des règles fixant le régime de l'élection des assemblées parlementaires, c'est-à-dire également la mise en place du découpage électoral, relève du domaine de la loi.

Or, si telle est la lettre de la Constitution, la pratique institutionnelle en matière de découpages législatifs d'ensemble sous la V^e République consacre une réalité toute autre.

En effet, qu'il s'agisse du découpage initial de 1958, comme de la révision d'ensemble de 1986, seul le gouvernement, par des moyens certes différents, a décidé de façon quasi unilatérale du contenu des cartes électorales.

En 1958, le découpage fut pris par ordonnances sur le fondement de l'article 92 alinéa 2 de la Constitution, lequel autorisait le gouvernement à prendre, pendant les 4 mois suivants la promulgation de la Constitution, les mesures de mise en place des pouvoirs publics, et notamment le régime électoral des assemblées parlementaires.

Après une valse-hésitation sur le mode de scrutin, l'affaire a été traitée au plus haut niveau gouvernemental, entre Michel Debré d'une part, et le général de Gaulle d'autre part, après qu'une équipe d'une dizaine de personnes ait menée les études préalables en quelques jours, au ministère de l'Intérieur.

Le rythme de la réforme fut très soutenu : le mode de scrutin fut arrêté mi-septembre, la décision annoncée le 7 octobre, les tableaux électoraux publiés les 13 et 14 octobre.

Sur un plan purement formel, le découpage électoral de 1986 a certes été établi par un texte de loi (loi du 24/11/1986). Pourtant, pas plus qu'en 1958, le découpage des circonscriptions n'est le fruit d'un quelconque travail parlementaire.

En effet, dès son entrée en fonction, le gouvernement de Jacques Chirac n'a pas fait mystère de sa volonté d'établir le découpage par la procédure des ordonnances de l'article 38 de la Constitution. La loi d'habilitation promulguée le 11 juillet, le gouvernement a décidé seul du contenu des tableaux électoraux. Si, par la suite, le gouvernement a du reprendre sous forme de projet de loi l'ordonnance que le Président de la République refusait de signer, il n'en demeure pas moins que l'auteur réel du découpage de 1986 ne fut pas le Parlement.

L'utilisation des ordonnances pour procéder au découpage en 1986 suscita un vif débat à l'époque, dont les protagonistes n'étaient pas tous exempts d'arrière-pensées politiques. Le gouvernement souhaitait aller vite pour se prémunir du risque éventuel de dissolution. Le Président de la République refusa de signer le projet d'ordonnance au motif du respect de la "tradition républicaine" voulant que le Parlement détermine les modalités de

son élection. Il semblerait qu'il l'ait souhaité, en réalité, pour ne pas cautionner, une réforme qu'il n'approuvait pas (18).

Ainsi, en dépit des dispositions constitutionnelles qui attribuent au législateur la compétence de délimiter les circonscriptions pour l'élection des députés, les réformes d'ensemble sous la V^o République sont en grande partie établies par le gouvernement. Plus précisément d'ailleurs, au sein du gouvernement, au ministère de l'Intérieur qui peut être considéré comme le haut lieu des décisions électorales.

B - Le ministère de l'Intérieur : haut lieu des décisions électorales

Si les instruments juridiques et les textes de base permettent de confier l'opération de découpage au gouvernement, celle-ci relève plus particulièrement du ministre de l'Intérieur. Toutefois, l'implication de celui-ci est variable, car si le découpage des cantons lui revient, ce n'est qu'assez tard qu'il l'effectue lui-même en matière législative (19).

Toutefois, la structure du Ministère sur le plan technique, comme la nature du portefeuille sur le plan politique confèrent au ministre de l'Intérieur de larges pouvoirs.

a) Les raisons techniques : chargé des élections, le ministère de l'Intérieur instruit ces projets de découpage grâce aux rapports préfectoraux

La prépondérance du ministère de l'Intérieur en matière de découpages électoraux se fonde tout d'abord sur des considérations d'ordre technique. Traditionnellement ministère des élections, il dispose pour remplir cette mission de l'outil technique nécessaire (bureau des élections, ordinateurs centralisant les résultats) et du précieux concours des préfets.

(18) Contestée depuis ses origines, la procédure de délimitation des circonscriptions par la voie des ordonnances a fait l'objet de vives polémiques. Le Président de la République, en 1986, plaçant son argumentation sur le plan historique invoque la tradition républicaine qui veut que l'Assemblée Nationale détermine elle-même les modalités de l'élection des députés. Les députés, auteur de la saisine du Conseil constitutionnel (*J.O. Lois et décrets* 3 juillet 1986, p. 8282) se placent sur le terrain juridique en invoquant une atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, un détournement de procédure et une atteinte au fonctionnement régulier des pouvoirs publics. Critiques auxquelles répond la décision des 1er et 2 juillet 1986 (*J. Boulouis, A.J.D.A.*, 20 avril 1987, p. 267). Sur la querelle des ordonnances de 1986, lire B. Mathieu, "Les rôles respectifs du Parlement, du Président de la République et du Conseil constitutionnel, dans l'édition des ordonnances de l'article 38", *R.F.D.A.*, 1987, n° 5, p. 75.

(19) "Le découpage de 1958 présente une seconde particularité. Sous la III^o République, la délimitation des circonscriptions était opérée par un accord entre le gouvernement, représenté par le Ministère de l'Intérieur, et la Chambre des députés. Il faut rappeler que pour le découpage de la loi de 1927 tous les députés avaient été consultés. En 1958, la procédure a été totalement différentes. Le découpage a été effectué par le gouvernement seul. Mais les parlementaires n'ont pas été totalement exclus de cette opération ... Ce découpage départemental était ensuite transmis au Ministère de l'Intérieur qui l'entérinait ou demandait au préfet de le reconsidérer. Très rarement le Ministre de l'Intérieur a effectué lui-même le découpage départemental", Cotteret, Emeri, Lalumière, "Les lois électorales et inégalités de représentation en France, 1936-1960", *F.N.S.P.*, A. Colin, 1960, 409 p, p. 364.

En effet, le maillage du territoire national et la représentation de l'État sur le plan local est assuré par les préfets. De ce fait, les rapports préfectoraux constituent une précieuse base de travail pour l'administration centrale et le cabinet du ministre.

Les rapports préfectoraux sont "commandés" par une circulaire ministérielle confidentielle dont le contenu exact est difficile à déterminer. Il semble néanmoins que les circulaires, composées de quelques pages (20), indiquent les critères de redécoupages et les attentes du gouvernement. D'une réforme à l'autre, le texte de la circulaire est souvent identique : il rappelle le droit positif en l'espèce, la jurisprudence, les seuils démographiques de découpage (21). En 1986, par exemple, la circulaire du découpage législatif reprenait purement et simplement les articles de la loi d'habilitation.

Cependant, les circulaires sont muettes sur les méthodes de préparation des rapports préfectoraux : ce travail revient au cabinet du Préfet. L'implication de celui-ci dans la préparation de ces études varie "du désintéret à la rédaction personnelle" du rapport remis au ministre.

"On trouve de tout dans les rapports préfectoraux : du travail honnête et sans surprises jusqu'à de la véritable provocation, il y a des préfets partisans, des préfets prudents, des préfets républicains", affirme un membre de plusieurs cabinets au ministère de l'Intérieur. Certes, les tentations d'infléchir ces propositions doivent être nombreuses d'autant plus que certaines circulaires "invitent les préfets à explorer les voies les plus favorables à la majorité" (22).

En outre, les préfets font office de charnière entre la réalité locale et le ministère. Ils ont toute latitude pour recevoir et consulter les élus locaux, afin de filtrer leurs éventuelles propositions.

Si son rôle n'a pas été déprécié en matière cantonale, il semble moins affirmé qu'auparavant en ce qui concerne les circonscriptions législatives.

En 1958, les préfets, avec le concours des principales personnalités politiques, avaient en charge le découpage et bénéficiaient pour se faire d'une marge de manœuvre assez grande puisqu'ils opéraient eux-mêmes les arbitrages locaux d'usage. Leurs propositions, comme sur le modèle cantonal actuel, étaient ensuite transmises au ministre de l'Intérieur qui les entérinait ou les faisait rectifier.

Les préfets semblent désormais dessaisis des travaux concernant le découpage législatif au profit du cabinet du ministre.

Toutefois, leurs études préalables sur le département demeurent une des bases essentielles de réflexion des artisans des opérations électorales.

En effet, département ministériel chargé des affaires politiques intérieures et des collectivités locales, la place Beauvau est tout particulièrement en charge des questions électorales.

(20) En matière cantonale, la circulaire du 5 juillet 1984 fait exception, puisqu'elle est un véritable mémoire sur le découpage des cantons contenant croquis, historique, jurisprudence et même fiches politiques !

(21) Il semblerait que les seuils ne soient plus mentionnés car "ils suscitaient plus de problèmes qu'il n'en résolvait". Le principe démographique étant inapplicable aux cantons.

(22) *Libération*, "Gaffe. Redécoupage électoral : un héritage embarrassant", 21 août 1984.

À cette fin, le ministère dispose au sein de la Sous-Direction des Affaires Politiques et de la Vie Associative d'un Bureau des Élections et des Études Politiques.

Outre la coordination de l'organisation matérielle des scrutins, cette administration produit des études et recherches sur les mouvements électoraux. Elle dispose à cet effet d'un matériel informatique très performant qui recense les résultats des consultations électorales, bureau de vote par bureau de vote, depuis une vingtaine d'années.

Or, une telle base de données constitue un instrument majeur pour délimiter des circonscriptions. Les raisons logistiques confortent ainsi la toute puissance du ministre de l'Intérieur, prépondérance d'ailleurs renforcée par des considérations d'ordre politique.

b) Les raisons politiques : un portefeuille confié à de fortes personnalités

En effet, la tradition de la V^e République semblerait vouloir que le ministre de l'Intérieur soit rarement un ministre technicien, mais plutôt un "politique" à forte personnalité. Cela est évidemment lié à la nature du portefeuille et à l'étendue des missions qui en relèvent. Ainsi, la dimension partisane qui caractérise le plus souvent l'hôte de la place Beauvau renforce son influence, notamment vis-à-vis des états majors politiques. C'est pourquoi Jean-Claude Gaudin pouvait relever qu'en 1986 "l'élaboration de la délimitation des circonscriptions a fait l'objet d'une délégation totale du gouvernement à son ministre de l'Intérieur, M. Pasqua" (23), alors considéré comme le "vice premier ministre de la cohabitation" (24).

Il convient toutefois de ne minimiser en rien le rôle du cabinet et des collaborateurs immédiats du ministre. En 1986, par exemple, "la petite histoire" retiendra que le grand ordonnateur du découpage ne fut pas Charles Pasqua (25). La charge de ce ministère à une époque marquée par les vagues d'attentats, rendait improbable l'idée selon laquelle le ministre de l'Intérieur serait l'auteur de 574 circonscriptions délimitées.

En revanche, pour ne citer que cet exemple de découpage, le suivi du dossier a été assuré par un conseiller du ministre, Hervé Fabre-Aubrespy, issu du Conseil d'État, épaulé par Laetizio Bourgeois, chargé d'effectuer une synthèse des travaux fournis par les commissions "Gaudin" et "Toubon". Hervé Fabre-Aubrespy a ensuite défendu le projet de découpage devant l'Assemblée puis la commission permanente du Conseil d'État, institution dont il connaît parfaitement les rouages. Ainsi, a-t-il pu disposer d'une liberté d'action assez large.

Pour des raisons juridiques, techniques et politiques, les découpages électoraux sont le fruit du travail de quelques personnes, principalement au cabinet du ministre de l'Intérieur. Cette prédominance de la place Beauvau s'accompagne en contrepartie d'un effacement du rôle du Parlement, voire son évincement en matière cantonale.

Il serait faux pour autant d'affirmer que le pouvoir de l'exécutif et en particulier du ministre de l'Intérieur tende vers l'arbitraire.

(23) Entretiens avec l'auteur, Marseille, 8 février 1988.

(24) "La légende de Don Pasqua", *Le Monde*, 6 décembre 1986.

(25) *La Croix*, 20 décembre 1986.

En effet, quelque soit l'étendue du pouvoir gouvernemental de découper les circonscriptions électorales, cette puissance tend à être contrebalancée par différents mécanismes consultatifs et l'accroissement du rôle des instances juridictionnelles.

**CHAPITRE - 2 -
LES MÉCANISMES CONSULTATIFS ET JURIDICTIONNELS,
LIMITATION DE L'ARBITRAIRE**

En raison, d'une part, de contraintes juridiques, comme d'autre part du jeu normal des mécanismes institutionnels de la V^e République, le gouvernement est tenu de mener un certain nombre de consultations pour préparer les cartes électorales.

Conduire ces démarches qui apparaissent comme une volonté de diminuer le caractère discrétionnaire de ces opérations, culmine avec l'instauration d'une "commission des sages" en 1986.

La singularité de cet organe administratif consultatif *ad hoc* (26) rompt avec les pratiques habituelles d'où se dégagent les consultations à dominante juridique, en premier lieu, institutionnalisées dans les avis du Conseil d'État et les décisions du Conseil constitutionnel, et second lieu, en raison de la nature politique (pour ne pas dire politisée des réformes) la réception des propositions du monde politique.

Une consultation en amont et en aval s'impose démontrant un système pyramidal très rigoureux.

Ainsi, si le rôle des instances juridictionnelles est synonyme de pondération, la prise en considération des expressions du monde politique marque l'ouverture des hostilités partisans et des pressions.

A - Le rôle des instances juridictionnelles : la pondération prétorienne

Si, en matière de découpages électoraux, le rôle du Parlement ne cesse de décroître, il est très clair, en revanche, que chaque nouveau redécoupage est marqué, sur le plan de la procédure, par un renforcement du contrôle juridictionnel. D'ailleurs, ces interventions du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel ne sont pas sans susciter des réactions peu mesurées de la part des milieux politiques (27). C'est dire l'importance des avis formulés par le Conseil d'État ou bien des décisions du Conseil constitutionnel, qui se confortent réciproquement en la matière.

(26) La "Commission des sages" fut instaurée par la loi du 11 juillet 1986. Cet organe administratif consultatif et *ad hoc*, rendait des avis sur les projets d'ordonnances avant transmission au Conseil d'État lui conférant un statut d'indépendance. Ses travaux furent repris par les instances de contrôle de fond, comme base de référence en marquant ainsi la volonté nouvelle des artisans du découpage d'écarter les polémiques partisans.

(27) "Le pouvoir discrétionnaire du Conseil constitutionnel est une anomalie", Albin Chalendon, *Le Monde*, samedi 9 août 1986, à propos du découpage législatif.

a) *Le Conseil d'État : conseiller du gouvernement*

Quel que soit le redécoupage engagé, le Conseil d'État est systématiquement appelé à émettre des avis sur le projet qui lui est soumis, en tant que conseiller du gouvernement.

Le travail s'organise, au sein de la haute assemblée, d'une façon identique pour les découpages cantonaux ou législatifs. La section de l'intérieur est saisie. Des rapporteurs sont nommés (28) qui examinent le projet et établissent un rapport. Les différents rapports font ensuite l'objet d'une synthèse en section présentée ensuite devant l'Assemblée du Conseil d'État qui émet un avis (29).

En effet, dans tous les cas de redécoupage, le Conseil d'État examine les écarts démographiques entre circonscriptions ainsi que la conformité du projet au regard d'autres règles de nature territoriale, géographique ou encore sociologique.

En revanche, pour ce qui est des redécoupages cantonaux, l'examen porte également sur l'opportunité du découpage proposé, surtout lorsqu'il ne tend pas à réduire de façon significative des écarts de représentation.

La Haute Assemblée exerce un véritable contrôle de légalité interne et externe sur les découpages (30)

Les avis du Conseil d'État, sur un plan matériel, sont rarement explicites. Ils fixent la liste des circonscriptions dont le découpage est rejeté en bloc, celles qui sont acceptées, celles enfin qui font l'objet de remarques et observations. Si l'on se réfère aux derniers découpages en date -1985 - 1986 - 1991- il semblerait que le gouvernement tienne compte de ces avis, sans que l'on ne puisse faire la part entre la peur d'un éventuel contentieux et la volonté de suivre les conseils d'une instance réputée pour sa neutralité.

Quoiqu'il en soit, l'examen des projets par le Conseil d'État est l'occasion de débats juridiques approfondis et parfois un peu vifs. Ainsi, en 1986, de sérieuses joutes oratoires semblent, selon des témoignages concordants, avoir opposé le représentant du ministre, Hervé Fabre-Aubrespy, au Président de la section de l'intérieur, Jean Kahn. Certains vont même jusqu'à dire que l'argumentaire développé par Jean Kahn aurait été pour beaucoup dans la décision du Président de la République de ne pas signer l'ordonnance édictant le découpage législatif.

D'ailleurs, sur un plan de pure tactique politique, et pour prendre l'exemple de la réforme de 1986, il est possible de voir en la Commission des Sages (31) instituée pour examiner le projet d'ordonnance une tentative, au

(28) Parfois au plus haut niveau. En 1986, le Président de section, M. Jean Kahn, avait été désigné rapporteur.

(29) En cas de modification du projet après l'avis du Conseil d'État, la Commission permanente, formation plus restreinte, peut également se prononcer.

(30) André Roux, "Le découpage des circonscriptions administratives et électorales devant le Conseil d'État", *A.J.D.A.*, Avril 1983, p. 219.

(31) Commission de 6 magistrats (2 : Conseil d'État ; 2 : Cour de Cassation ; 2 : Cour des Comptes) tous proches de la majorité (*Le Monde* 14 août 1986) et dont les avis ont été controversés. Ainsi, J.-C. Gaudin rapporte "quelle ne fut pas ma surprise, à la lecture des avis de la Commission, de retrouver pour le découpage de Marseille, les éléments non retenus qui avaient été proposés par le RPR. Les sages devaient avoir reçu quelques conseils" (entretien avec l'auteur).

demeurant assez maladroite, de limiter l'influence du Conseil d'État, comme du Conseil constitutionnel.

b) Les décisions du Conseil constitutionnel

Si, en raison de l'ordonnance de 1945 qui attribue le découpage cantonal au pouvoir réglementaire, le Conseil constitutionnel ne s'est jamais prononcé sur un découpage des cantons, il a, depuis 1985, examiné plusieurs lois électorales : découpage régional (1985), législatif (1986) et municipal (1987). Sa méthode, en la forme, comme ses décisions, sur le fond, marquent une continuité de sa jurisprudence.

Ainsi, contrairement au Conseil d'État, le conseil Constitutionnel ne différencie pas la portée de son examen en fonction du type de découpage qu'il aborde. Bien au contraire, les principes esquissés en 1985 (équilibre démographique) ont été repris et précisés en 1986 (introduction de la notion d'arbitraire), réutilisés en 1985. En cela, le Conseil constitutionnel se fonde sur sa propre jurisprudence. (C.C. 18 novembre 1982, "Amendement Richard") selon laquelle toutes les élections sont de nature politique et doivent obéir aux mêmes règles.

Par ailleurs, sur le fond, l'examen du Conseil constitutionnel est à la fois plus sévère dans les principes que le Conseil d'État, mais reste très prudent et annule difficilement un découpage.

Plus sévère sur les principes car, contrairement au Conseil d'État, le Conseil constitutionnel fonde ses décisions sur des critères clairement réaffirmés. C'est le cas de la notion d'équilibre démographique. En outre, des règles de nature territoriale (continuité notamment) sont appliquées. Il affirme aussi que "des considérations d'intérêt général" doivent être prises en compte (géographie, histoire, économie, sociologie), mais que le découpage ne doit procéder d'aucun arbitraire, c'est-à-dire ne pas travestir l'expression du suffrage universel.

En revanche, le Conseil constitutionnel est d'une grande prudence face aux possibilités d'annulation. En effet, sur 5 décisions intervenues depuis 1985, une seule prononce une annulation. Il n'y a là rien d'anormal, ce pourcentage d'annulation correspondant au taux d'annulation du Conseil constitutionnel, tous domaines confondus, sur la longue durée. Cependant, si l'on observe les motivations finales des décisions, l'on constate que la Haute Assemblée, même en situations d'arbitraire, se refuse d'annuler pour ce seul motif, considérant que la Constitution ne lui confère pas un pouvoir d'appréciation identique à celui du Parlement.

Comme l'écrivait M. Kajman (32) "à l'aise lorsqu'il s'agit de la défense des libertés fondamentales, le Conseil constitutionnel révèle ou souligne volontiers ses limites dans d'autres domaines". Nous ferons nôtre cette conclusion tout en observant que le caractère pondérateur de l'examen juridictionnel des découpages électoraux atténue nettement les pressions du monde politique.

(32) *Le Monde* 20 novembre 1986 "Gouvernement des juges, gouvernement sans juges".

B - La consultation du monde politique : l'expression des radicalismes

Si les lois électorales sont présentées, pour la forme, comme la copie du seul ministre de l'Intérieur des propositions sont élaborées dans le secret des états majors politiques. Il est des faits que le gouvernement ne peut trancher en matière électorale *ex abrupto*. Il doit nécessairement composer avec les forces politiques. Les procédures varient selon les gouvernements et les réformes. Le découpage de 1986, a fait l'objet d'une transparence inhabituelle qui se distingue des précédents.

a) Concertation et effervescence au plan local

Découpages cantonaux ou législatifs suivent à peu près le même schéma. L'annonce d'un découpage suscite au sein du microcosme politico-administratif d'un département des interventions fort variables. Tout d'abord, une série de consultations sont assurées par le canal préfectoral. À ces avis dits "officiels" se joignent des discussions informelles qui plongent au cœur du système politique.

Malgré une implication variable, plusieurs filières sont suivies par les préfets. Des notes blanches des Renseignements Généraux (33), aux analyses de la presse locale jusqu'au coup de fil anodin qui dérive sur des questions électorales, un véritable dispositif de renseignement est instauré.

Après ces recherches préliminaires, le préfet devra, si le projet est entériné par le ministre, effectuée en matière cantonale, la consultation officielle du conseil général (34). Cette collectivité sera à son tour amenée à émettre son avis, par vote succédant des délibérations longues et houleuses.

Une nouvelle phase de navettes s'établit alors, via la préfecture jusqu'au renouvellement des conseillers généraux.

(33) Les renseignements généraux inscrivent ainsi quelques données politiques initiales sur une feuille blanche sans en-tête et sans signature.

(34) La consultation du conseil général en matière de découpage cantonal est prévue par l'article 1er de l'ordonnance du 2 novembre 19845. La consultation des communes est obligatoire comme le rappelle le ministre, (*J.O.* p. 6459, 23 novembre 1987, débats parlementaires, Assemblée Nationales, question n° 30951).

**ÉTAPES SUCCESSIVES D'UNE OPÉRATION
DE REDÉCOUPAGE CANTONAL**

Autorité compétente	Étapes
<i>Gouvernement</i> (décret en Conseil d'État)	Fixation des nouvelles limites cantonales (art. 3 de l'ordonnance du 2 novembre 1945)
<i>Conseiller Général intéressé</i> (décision)	Cas des divisions : exercice du droit d'option prévue au 4 ^o alinéa de l'art. L 209 du Code Électoral
<i>Commissaire de la République</i> (décision individuelle)	Cas autres que les divisions : attributions des nouveaux cantons "héritiers" aux conseillers généraux élus dans d'anciens cantons et dont le mandat n'est pas expiré (règle posée par la jurisprudence)
<i>Gouvernement</i> (décret)	Convocation des collèges électoraux au renouvellement d'une série (art. L 218 du Code Électoral)
<i>Commissaire de la République</i> (arrêté)	Convocation des collèges électoraux aux élections partielles dans les cantons non héritiers (art. L 219 du Code Électoral)
<i>Conseil Général</i> (délibération)	À la première réunion suivant les élections : - détermination du nombre N de nouveaux cantons non héritiers à ranger dans la série A (soit M le nombre total des nouveaux cantons non héritiers) ; - si N = M, rangement des N cantons dans la série A ; - Si N = 0, rangement des N cantons dans la série B ; - Si N est différent de 0 et de M, tirage au sort des N cantons non héritiers à ranger dans la série A et rangement des M - N restants dans la série B (règle posée par la jurisprudence)

Tableau extrait de : Chronique générale de jurisprudence administrative française : Découpage cantonal. Sylvie Hubac et Jean-Éric Schoettl, *A.J.D.A.*, février 1985, p. 76.

Les élections cantonales ayant souvent été taxées d'administratives et le fait que la consultation officielle du conseil général s'impose expliquent pourquoi les interventions préfectorales semblent plus nombreuses et suivies en matière cantonale.

Toutefois, si les collectivités sont consultées elles se sont jamais associées au découpage. Ceci pose problème "lorsqu'il y a coïncidence entre les limites des circonscriptions administratives et les collectivités décentralisées ... Il s'agit de savoir si ces dernières jouissent d'une liberté réelle dans la fixation ou la modification de leur limites" (35).

Néanmoins, à défaut de nous éclairer sur la répartition des compétences en matière de découpage sur le terrain, ces démarches animent le monde politique.

Les polémiques, qui sont le pendant des découpages électoraux, marquent le début d'une vaste concertation.

Les échelons se superposent et induisent à nouveau un jeu de navettes et de délégations.

Ces démarches dont le caractère informel ne diminue en rien la solennité s'étendent à toutes les sphères du pouvoir local.

Touchant nécessairement toutes les personnalités du département, tous mandats confondus (ce que favorise le cumul) afin de ne froisser aucune susceptibilité, cette concertation permet de faire le point sur les futures élections puisque la désignation d'un candidat s'avère être le prolongement logique de ces réflexions.

En ce qui concerne les rapports avec l'opposition, les relations personnelles et fréquentes qu'entretiennent les élus permettent de négocier "en famille".

Toujours selon l'avis d'un spécialiste des questions électorales, ces "marchandages" sur le terrain sont l'occasion de régler 50 % des cas litigieux sans interférences nationales.

Ensuite, répercutées à Paris, ces concertations en devenant verticales se transforment en pressions car à l'échelon national les considérations partisans semblent plus tranchées.

b) Pressions et compromis à l'échelon national

Une fois les doléances de la base enregistrées, les concertations ainsi synthétisées débouchent sur des projets avalisés ou non par le ministre de l'Intérieur selon l'appartenance politique des protagonistes.

Si les découpages sont désormais élaborés au sein du Cabinet du Ministre, l'élaboration de celui de 1986 est assez particulière dans la mesure où la carte électorale est le fruit du travail conjoint de deux commissions issues des partis composant la majorité gouvernementale.

La préparation du découpage de 1986 est ainsi un exemple révélateur de l'activité des États majors politiques et des liaisons établies entre les différentes sphères du pouvoir.

En effet, comme le soulignait Jean-Claude Gaudin, alors président du groupe UDF à l'Assemblée Nationale "officiellement ce ne peut être que le ministre de l'Intérieur qui prépare les lois électorales ... une grande partie du découpage de 1986 l'a été sur la base des propositions des deux grandes familles politiques qui lui permettaient d'exister. Le dire, c'est révéler un secret de polichinelle" (36).

(35) André Roux, art. précité, *A.J.D.A.* 1983, p. 219.

(36) Entretien avec l'auteur.

Deux commissions électorales, présidées par Jacques Toubon pour le RPR et Jean-Claude Gaudin pour l'UDF ont ainsi été mises en place dès avril 1986.

Le fonctionnement de ces instances laisse apparaître une gestion de l'information pyramidale. Ce travail fut effectué en quatre phases dont chacune fut caractérisée par un rétrécissement du nombre des intervenants, renouant ainsi avec le caractère huis-clos inhérent à ce type d'opération.

Quoique peu connu, le rôle des commissions "Gaudin - Toubon" fut déterminant. Les relations incessantes avec les parlementaires ont permis une certaine décentralisation du projet tout en garantissant l'efficacité d'une synthèse.

Ces travaux ont permis au Ministre de l'Intérieur de connaître parfaitement le projet "majorité gouvernementale" avant de négocier avec les autres institutions concernées, ce qui, dans un contexte de cohabitation, se résume aux relations avec l'Élysée.

Une réforme électorale, bien que connaissant une élaboration circonscrite, concerne tout l'arc constitutionnel. La négociation s'impose et dans ce style d'exercice, le rôle des hommes est prépondérant, comme l'illustre les liens privilégiés entre Michel Charasse et Charles Pasqua (37).

L'attitude empirique des artisans d'un découpage est révélatrice de la force des pratiques politiques.

Le compromis est souvent de rigueur. Ainsi, pour ne pas irriter le Chef de l'État, les élus proches de celui-ci furent épargnés.

Comme le démontra l'organigramme ci-joint, si le ministre de l'Intérieur est seul juge, les intervenants sont nombreux corroborant ainsi le principe selon lequel les techniciens et les politiques ne sont pas absents de l'élaboration d'une carte électorale.

*

En matière de découpages électoraux, la puissance du gouvernement n'est plus à démontrer. Plus qu'en tout autre domaine, mettant à profit des mécanismes qui le favorisent, l'exécutif décide de façon quasi discrétionnaire des cartes électorales.

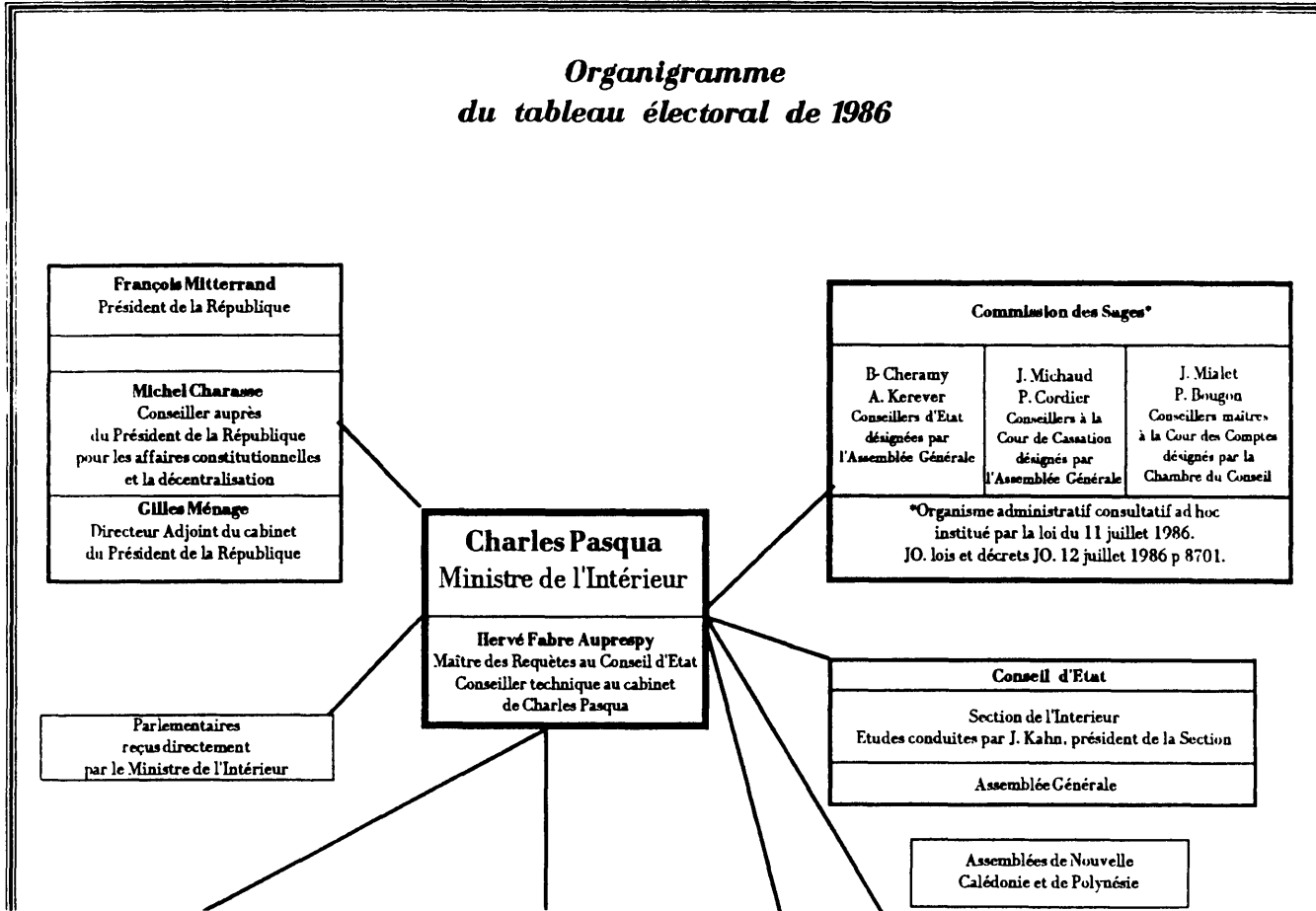
Depuis la fin des années 1970, cependant, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ont abordé les découpages électoraux, se substituant en quelque sorte à un Parlement tenu à l'écart.

Cette innovation ne touche pas uniquement la procédure, puisque cette évolution a permis d'ériger, en France, un droit positif dont les principes pèsent sur les décisions politiques.

*

(37) Christine Fauvet-Mycia, *"Les Éminences grises"*, Befond, 1988.

**Organigramme
du tableau électoral de 1986**

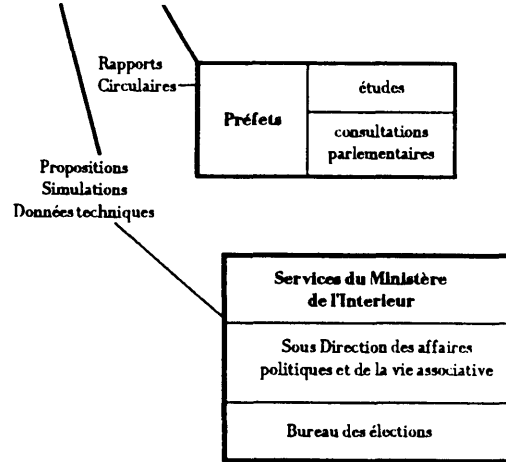


Commission UDF
Jean Claude Gaudin Président de la Commission des élections de l'UDF. Président du groupe UDF à l'AN.
J.P. Duclos
Jacques Barrot - Ancien Ministre, Secrétaire Général du CDS Président de la Commission des Affaires Sociales à l'AN.
Philippe Mestre Député, ancien directeur de campagne de Raymond Barre
Michel d'Ornano Député, ancien Ministre, ancien délégué aux élections du Parti Républicain
André Rossinot Ministre des relations avec le Parlement Président du Parti Radical
André Santini Secrétaire d'Etat chargé de la Communication Secrétaire Générale du PSD

Propositions
des députés
UDF

Commission RPR
Jacques Toubon Secrétaire général du RPR Président de la Commission des lois à l'AN.
H. Fabre Aubrespy
Pierre Mesmer Ancien Premier Ministre, Président du groupe RPR à l'AN
Dominique Perben Ancien Prefet, Député Saône et Loire
Roger Romassi Sénateur, Président groupe RPR au Sénat

Propositions
des Députés
RPR



**DEUXIÈME PARTIE
DES GRANDS PRINCIPES DE DROIT POSITIF
AUX CONSÉQUENCES POLITIQUES OU
LES TENTATIVES D'ENCADREMENT JURIDIQUE
DES MANIPULATIONS ÉLECTORALES**

Si les gouvernements se sont emparés des moyens de maîtriser le processus de découpage des circonscriptions électorales c'est bel et bien que l'enjeu politique lié à la question est déterminant.

D'ailleurs la tentation est grande de vouloir peser, au travers de la délimitation des circonscriptions, sur l'évolution des résultats électoraux.

En ce domaine, la France dispose d'une vieille tradition qui, née sous l'Empire, a traversé la III^e République, pour se maintenir jusqu'à ces dernières années.

D'ailleurs, les autres grandes démocraties occidentales ont connu ce que l'on pourrait appeler une "crise de croissance" identique, où les responsables politiques pensaient gagner leur survie électorale par la manipulation des consciences et du verdict des urnes.

Le terme de "charcutage électoral" (Gerrymandering) n'est-il pas né au XVIII^e siècle aux États-Unis, de la contraction du nom d'un gouverneur du Massachussets (Elbridge Gerry) qui avait découpé des circonscriptions électorales en forme de salamandre (sala mander) (38).

De façon commune à toutes les démocraties occidentales le droit positif a, sous l'impulsion donnée par la justice constitutionnelle, tenté de canaliser ces tentatives de manipulations politiques depuis les années 60..

La Cour suprême des États-Unis, suivie par le Tribunal constitutionnel de Karlsruhe, ont ouvert la voie.

En France, il a certes fallu attendre la fin des années 1970, puis la seconde moitié des années 1980 pour qu'un droit positif des découpages électoraux, fondé sur des principes constitutionnels, voit le jour.

Ainsi, sont apparus des grands principes sanctionnables au contentieux, qui tendent à limiter de façon efficace, sans pour autant totalement les exclure, les manipulations d'ordre politique.

**CHAPITRE - 1 -
DES CRITÈRES DES DECOUPAGES AUX GRANDS
PRINCIPES JURIDIQUES**

Les découpages électoraux ne doivent, aux termes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, procéder d'aucun arbitraire. Il est donc nécessaire, sur le plan juridique, de poser des principes de référence stables dans le temps.

Deux critères se dégagent clairement. Héritage monarchique consacré par la Révolution (39), la vocation à privilégier les facteur géographiques et

(38) Nous lui préférons la terminologie de "géographie électorale active" empruntée aux agissements électoraux du II^e Empire.

(39) L'ouvrage de Marie Vic Ozouf Maignier, "*La formation des départements : la représentation du territoire français au XVIII^e siècle*" (Ed. EHESS Paris, 1989), par le prolongement de ses réflexions et les documents annexés est un e précieuse référence.

humains, trouve un écho certain chez nos politologues. De Montesquieu à Siegfried, nombres d'études accordent la primauté au Territoire, qui reste une donnée majeure en matière de canton.

A contrario, l'option démographique constitue la principale règle des découpages législatifs.

Les artisans d'un découpage doivent composer avec des critères dont la portée varie selon le type de découpage entrepris.

Pourtant, ces principes ne doivent pas être analysés comme un habillage juridique de manipulations politiques, car la loi, tout comme la jurisprudence administrative et constitutionnelle ont précisé, souvent de façon rigoureuse, les règles territoriales comme démographiques.

A - L'assise territoriale des circonscriptions : principe dominant du découpage cantonal, principe important du découpage législatif

Si la fonction politique du territoire, théorisée à partir du découpage départemental, pèse sur les refontes cantonales, le découpage des circonscriptions législatives n'est pas exempt de critères territoriaux. Cantons et circonscriptions législatives suivent certaines règles identiques.

a) Des circonscriptions de nature différente

La préoccupation naturaliste qui triomphe en 1791 consacre, sur le plan territorial, des solidarités anciennes. En filiation directe avec les pagies francs, les vigueries et sénéchaussées, le canton s'inscrit d'emblée dans une perspective historique aux origines médiévales. Il conserve surtout en zone rurale des attributs territoriaux renforcée par l'attraction de la ville centre (40). En modifiant les limites d'un canton, on porte atteinte à tout un équilibre local.

En effet, contrairement à la circonscription législative, le canton n'a jamais été considéré comme une circonscription artificielle, une création *ex nihilo*. La notion de pays qu'il sous-tend rend en milieu rural particulièrement délicate la modification de son tracé et à plus forte raison sa suppression.

En revanche, cette analyse s'effondre lorsqu'il s'agit des cantons urbains, c'est-à-dire essentiellement les cantons infra-communaux. Leur délimitation, méconnue des populations, n'est assise sur aucune donnée territoriale malgré les efforts des pouvoirs publics pour conserver des axes clés de l'aménagement urbain (voies ferrées, centre-ville, quartiers, ...). Si ces circonscriptions ont des logiques opposées, elles se conforment toutes deux aux grands principes territoriaux de la République.

(40) Dont le maire est fréquemment le conseiller général.

b) Continuité territoriale et respect de la division administrative du territoire : deux règles communes affirmées par la jurisprudence

Affirmé par la jurisprudence (41), inscrit dans le texte de loi de juillet 1986, le principe de continuité territoriale des circonscriptions s'impose à la fois en matière cantonale et en matière législative.

En effet, la loi du 11 juillet 1986 portant modification des circonscriptions législatives affirme le principe de continuité territoriale comme un impératif absolu, "sauf en ce qui concerne les départements dont le territoire comporte des parties insulaires ou enclavées (42)". Or, cette continuité ne semblait pas s'imposer en 1958 comme en témoigne la 8ème circonscription des Bouches du Rhône dont une première partie comprenait les quartiers nord de Marseille, et une seconde, séparée par une partie de la 6ème (Marseille est - Aubagne - La Ciotat) composée du canton de Roquevaire.

En matière cantonale, la notion de continuité territoriale est inhérente à la définition du canton bien que 69 d'entre eux soient constitués de parties discontinues et le canton de Montigny-les-Metz comportant jusqu'à trois..

Le respect du principe de division administrative est une règle affirmée dans l'arrêt "Commune de Fontenay-sous-Bois" (CE 18 novembre 1977). Il y est exclu qu'un remodelage cantonal ait pour effet de ne plus respecter les limites des arrondissements puisque "le principe de division administrative du territoire implique que les limites extérieures de chaque catégorie de circonscription coïncident entre elles dans la mesure nécessaire à la bonne organisation et au bon fonctionnement des pouvoirs publics et des services publics".

En revanche, l'arrêt Papin du Conseil d'État admet qu'un canton empiète sur le territoire de plusieurs communes ou bien que plusieurs cantons soient créés au sein d'une même commune : le canton ne constituant pas une collectivité locale, l'intérêt général peut justifier ces chevauchements.

Par contre il existe bel et bien un principe d'emboîtement du canton dans la circonscription législative dans la mesure où l'article 5.2 de la loi du 11 juillet 1986 dispose que "les circonscriptions législatives sont composées d'un nombre entier de cantons".

La seule dérogation admise l'est pour des considérations d'ordre démographique. Comme le précise le Conseil constitutionnel dans sa décision des 1er et 2 juillet 1986, "seul le canton peuplé de plus de 40 000 habitants peut être réparti sur plusieurs circonscriptions", et non l'ensemble des cantons du département, comme pouvait laisser entendre le texte de loi.

Cela étant, le gouvernement a dans l'ensemble respecté en 1986 le principe d'emboîtement du canton dans la circonscription législative. Sur 105 cantons peuplés de plus de 40 000 habitants, seuls 18 d'entre eux ont fait l'objet d'une partition, en grande majorité dans le département du Nord.

(41) L'intégralité de la jurisprudence du Conseil d'État en matière cantonale se trouve fort bien résumée dans l'article de Sylvie Hubac et Jean-Éric Schoettl, "Chronique générale de jurisprudence administrative française : découpage cantonal", *A.J.D.A.*, février 1985, p. 76.

(42) Ces cas sont réduits. outre les départements Outre-mer, il s'agit des départements côtiers. Dans ce cas précis, le critère historique revient en force bien que la solution de rattacher l'île d'Ouessan à la 6° circonscription du Finistère par exemple soit dépourvue de toute logique.

Si l'affirmation de normes territoriales présente l'avantage de restreindre l'arbitraire politique en enserrant le découpage dans un cadre strict, leur application exclusive pourrait susciter de graves problèmes de représentation des zones urbaines et porter ainsi atteinte à la validité du découpage cantonal principalement, législatif dans une moindre mesure. Matérialisation d'une notion historique et identitaire, le critère territorial peut conduire à de graves inégalités démographiques de représentation. Aussi, les dernières réformes électorales, cantonales ou législatives ont vu la décroissance des principes territoriaux au profit des principes démographiques.

B - L'égalité devant le suffrage par l'affirmation du principe démographique

Dans sa conception contemporaine, le découpage d'une circonscription électorale constitue avant tout une opération visant à réduire les inégalités de représentation électorale, au sein des départements comme entre les départements.

Comme le réaffirme à chacune de ses décisions le Conseil constitutionnel, tout découpage électorale se fonde sur "des bases *essentiellement* démographiques" (43).

Or, comme toute opération de remodelage électorale s'effectue à partir d'un découpage existant, révélant souvent une situation de "bourgs pourris à la française" (44) des règles de nature législative et jurisprudentielles sont intervenues pour limiter les inégalités démographiques.

a) Une situation de "bourgs pourris à la française"

Les écarts de population entre circonscriptions électorales de même nature (législative ou cantonale) ont longtemps constitué une constante de la vie politique française. En 1875, les Basses-Alpes éalisaient 5 députés pour 19 337 habitants, alors que les Alpes-Maritimes n'en éalisaient que 4 pour 199 037 habitants. L'arrondissement de Barcelonnette était le moins peuplé avec 5 322 habitants tandis que la première circonscription de Rouen en comptait 102 470.

En 1889, les électeurs de Barcelonnette n'étaient plus que 3 489 alors que la 2^e circonscription de Nantes dénombre 35 011 électeurs, soit un écart de 1 à 10.

En 1936, "le canevas électorale est tel que le nombre des départements sur-représentés est presque le double des départements sous représentés" (45).

Si la réforme de 1958 supprima certains déséquilibres, elle ne résista pas aux mouvements de population puisque dès 1967, la circonscription de Marvejols (Lozère) par exemple, avait cinq fois moins d'électeurs que celle de Longjumeau dans l'Essone. Ainsi, très vite "la moitié du corps électorale habitant les circonscriptions les plus peuplées éalisaient 193 députés, tandis que

(43) Toutes les décisions intervenues depuis 1985, au nombre de 7, comportent ce "considérant" de principe.

(44) Expression d'origine anglaise : au XVI^e siècle, des villages dépeuplés éalisaient encore des représentants parlementaires tandis que Leeds et Birmingham n'en éalisaient pas. Aujourd'hui en France, une telle analyse peut être appliquée à certains cantons.

(45) Cotteret, Emeri, Lalumière, "Lois électorales et inégalités de représentation", *FNSP*, A. Colin 1960.

l'autre moitié en élit 280" (46). Pour les cantons, les écarts étaient encore plus flagrants comme en témoigne l'exemple de la région PACA avant la réforme de 1990-1991 (47).

TABEAU DES INÉGALITÉS ENTRE CANTONS ETABLI À PARTIR DES DONNÉES CHIFFRÉES DU MAGAZINE : PROFESSION POLITIQUE

Département	Nombre de canton	Population moyenne par canton	Canton le - peuplé	Canton le + peuplé	Rapport de 1 à n
Hautes Alpes	30	3 500	8 210	250	32,8
Alpes de Hte Provence	30	3 970	10 630	780	13,5
Alpes Maritimes	51	17 280	39 100	1 160	33,7
Bouches du Rhône	47	36 690	54 350	2 050	31,4
Var	41	17 280	48 060	850	56,4
Vaucluse	24	17 810	31 440	2 290	13,7
Région P.A.C.A.	37	16 088	33 631	1 230	30,25
Moyenne nationale	41	12 713	26 373	3 413	10,99

Jusqu'en 1990, un conseiller général des Alpes de Haute Provence était élu par dix fois moins d'électeur qu'un élu des Bouches-du-Rhône. L'inégalité s'accroît si l'on compare le canton de Barcelonnette (250 h) à celui de Salon de Provence (64 350 h). Le Var détient le record d'inégalité puisque le canton de La Valette (48 058 h) est 56,4 fois plus peuplé que celui de Comps sur Artuby (825 h). Au plan national, cet indice est resté supérieur de 1 à 10 dans 38 départements alors même qu'entre 1973 et 1982, 758 cantons ont été créés, soit une augmentation de 25 % de leur nombre.

Ces déséquilibres s'opposent au principe d'égalité devant le suffrage résumé par l'expression d'origine nord-américaine : "un homme une voix" (48), fondement de tout régime politique démocratique.

Or, inscrit dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, réaffirmé par l'article 3 de la Constitution de 1958, il n'est pourtant pas appliqué en toute rigueur notamment dans le découpage cantonal. Est-il acceptable, au regard de ce principe, qu'un conseiller général de zone rurale, soit 10 à 15 fois moins "représentatif" que l'un de ses collègues de zone urbaine, alors que tous deux "pèsent" chacun une voix au sein de l'assemblée départementale ?

C'est pourquoi, peu à peu, la loi et la jurisprudence posent des limites aux écarts de représentation.

(46) Ibidem.

(47) Chiffres du recensement de 1982.

(48) Article de référence de Balinski et F. Bon, *Le Monde* 27 décembre 1974.

b) L'affirmation du critère démographique toutefois diminuée par la notion floue "d'impératifs d'intérêt général"

La détermination du nombre de sièges à l'Assemblée Nationale attribué à chaque département a fourni une première occasion en ce domaine.

La loi du 10 juillet 1985, faisant passer l'effectif de l'Assemblée de 491 à 577, a fixé le principe d'un siège par tranche commencée de 108 000 habitants au sein du département, avec un minimum de 2 députés par département (49). Ainsi étaient évités les écarts de représentations entre les départements.

La loi du 11 juillet 1986, a quant à elle complété ce dispositif en introduisant un principe de limitation des écarts au sein des départements, disposant que l'écart entre la population d'une circonscription et la moyenne départementale de population des circonscriptions est plafonné à plus ou moins 20 % :

$$\text{Population circonscription } \alpha = \frac{\text{Population du département}}{\text{Nbre de circonscriptions du département}} \times (\pm 20 \%)$$

En matière cantonale, les circulaires s'attachent à fixer des seuils de redécoupage, le repère étant de redécouper tous les cantons dont la population est supérieure à deux fois la population cantonale moyenne (50).

La spécificité cantonale rend toutefois difficile une application stricte de telles directives. Par une proposition de loi de 1988, le député de la Moselle, Jean-Louis Masson, a bien présenté le principe de limitation à 20 % des écarts de population entre les cantons, révision de systématique des cantons dans les deux ans suivant un recensement général de la population, en vain. Il faut dire que la tâche serait rude, à la fois sur le plan technique et sur le plan politique (51).

Quoi qu'il en soit, la volonté de limiter l'arbitraire politique de découpages électoraux, en précisant des normes démographiques, est réelle. Elle a d'ailleurs été en grande partie suscitée par la jurisprudence concordante du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel depuis la fin des années 1970 et au cours des années 1980.

Si le contrôle du découpage des circonscriptions législatives revient au Conseil constitutionnel (52), le Conseil d'État, au travers du contentieux cantonal, a lui ouvert la voie de cette nouvelle branche du droit administratif et constitutionnel.

L'arrêt "commune de Sarcelles" (Conseil d'État, 12 juillet 1978) précise à propos du découpage des cantons que celui-ci ne "saurait en principe

(49) Rapport d'un député pour 108 000 habitants permettait également, de façon très concrète, de limiter les sortants socialistes battus lors du scrutin qui allait suivre, sans trop enfler les effectifs parlementaires. La publication des résultats du recensement de 1990 devrait conduire à la fois à revoir la répartition des sièges entre départements, de 1 député pour 108 000 habitants et, en fonction de l'incidence politique, l'effectif de l'Assemblée Nationale (source : Cabinet de P. Joxe).

(50) Sauf en 1990. Le gouvernement n'a pas souhaité déterminer de seuil de façon à avoir une plus grande marge de manœuvre et davantage de souplesse dans la perspective d'une réforme "en douceur" (Source : Cabinet de Pierre Joxe).

(51) A.N. Proposition de loi n° 255 enregistrée à la Présidence le 29 septembre 1988.

(52) Sauf le cas d'un découpage législatif pris par ordonnance de l'article 38 non ratifiée et différée devant le Conseil d'État.

avoir pour objet ni pour effet d'accroître les disparités qui existaient auparavant entre les cantons les plus peuplés et les cantons les moins peuplés". Cela signifie que non seulement un redécoupage doit globalement restreindre les inégalités de représentation au sein du département concerné, mais encore que l'écart entre les cantons créés ne doit pas accentuer les déséquilibres au sein de la zone remodelée.

Ainsi, la Haute Assemblée exerce-t-elle un contrôle sur le fond du découpage, ce qui peut l'amener à retenir une erreur manifeste d'appréciation permettant de s'opposer à des découpages manifestement inégaux ou arbitraires.

Toutefois, la prudence du Conseil d'État qui veille en somme à la non-aggravation des inégalités démographiques, tranche avec les positions du Conseil constitutionnel, véritable leader en la matière.

En effet, le Conseil constitutionnel veille d'une part au respect direct et indirect de la souveraineté nationale. Ainsi, les principes d'égalité démographique tels que dégagés par le Conseil constitutionnel pourraient s'étendre aux conseils généraux dans la mesure où ceux-ci composent une partie du collège électoral des élections sénatoriales. D'autre part, au travers des jurisprudences en matière d'élection régionales (Nouvelle Calédonie) ou municipales (découpage en secteurs de la ville de Marseille), le Conseil constitutionnel veille tout particulièrement à ce que "l'organe délibérant "soit élu" sur des bases essentiellement démographiques".

Cependant, la notion d'équilibre démographique reste assez difficile à cerner. L'on peut même affirmer, sans grand risque, qu'une définition positive du principe n'existe pas sur le plan juridique.

En effet, même si le Conseil constitutionnel a affirmé le principe avec force et constance à cinq reprises depuis 1985, il n'en demeure pas moins que sa seule façon de l'aborder a été en définissant des limites d'écart de représentativité à ne pas dépasser, limites qui d'ailleurs ne sont pas toujours clairement évaluées (53).

D'ailleurs, le Conseil constitutionnel prend soin de préciser qu'il ne "s'ensuit pas que cette représentation (électorale) doivent être nécessairement proportionnelle à la population de chaque circonscription et qu'il ne puisse être tenu compte d'autre impératif d'intérêt général" (54).

La définition du principe démographique se précise toutefois et la position du Conseil constitutionnel présente de plus en plus de similitudes avec les cours constitutionnelles étrangères puisqu'il entend également limiter la portée des dispositions légales autorisant des écarts significatifs entre circonscriptions d'un même département estimant "que le législateur ne saurait tenir compte d'autres impératifs d'intérêt général que dans une mesure limitée", les écarts étant justifiés par des "impératifs précis", notion plus contraignante que "l'intérêt général".

De façon positive, ces "autres impératifs d'intérêt général" sont définis dans les mémoires en défense ou les conclusions du gouvernement

(53) Pas d'appréciation numérique en matière municipale et régionale.

(54) Considérant de principe dans la décision du 23 août 1985 que l'on trouve reproduit depuis dans toutes les décisions du Conseil constitutionnel dans la matière sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans ce domaine v. notamment A. Roux, Principe d'égalité et droit de suffrage, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. V 1989, Economica-P.U.A.M., p. 264 et s..

devant les instances de contrôle, Conseil d'État ou bien Conseil constitutionnel.

Ainsi, en 1986, Hervé Fabre-Aubrespy, représentant du Gouvernement devant le Conseil d'État, avait en séance exposé cinq critères subsidiaires. Il s'agissait alors de règles d'application des principes législatifs et constitutionnels (découpage des cantons de plus de 40 000 habitants dans les seuls cas de nécessité absolue), de règles géographiques et territoriales (attention portée aux "territoires" et ensemble géographiques cohérents, découpage autour de pôles d'attraction), un critère sociologique enfin avec le recours comme référence au découpage de 1958 et la volonté de ne pas allier des cantons de nature sociologique trop différents au sein d'une même circonscription.

De façon négative, les "autres impératifs d'intérêt général" peuvent se définir par la notion d'arbitraire ou de "charcutage" que prescrit la jurisprudence constitutionnelle et administrative (55).

Si la sanction de l'arbitraire par le juge est malaisée, à la différence de l'erreur manifeste d'appréciation, il n'en demeure pas moins que la jurisprudence a complété les grands principes territoriaux et démographiques de façon à garantir contre les risques de manipulations politiques au travers des découpages électoraux.

Pourtant qu'il soit cantonal ou bien législatif, un découpage électoral reste une opération hautement politique. Quels que soient les garde-fous de nature juridiques, il ne peuvent totalement prémunir le citoyen de manipulations à vocation électorales. C'est pourquoi il convient d'envisager les grandes techniques de "géographie électorale active" employées à l'heure actuelle en matière cantonale comme législative et leurs effets sur la crédibilité des cartes électorales.

CHAPITRE - 2 - EFFETS ET LIMITES DU DROIT POSITIF SUR LES MANIPULATIONS POLITIQUES : LE DÉCOUPAGE AU SERVICE D'UNE DYNAMIQUE ÉLECTORALE ET POLITIQUE

Si au cours de ses dix dernières années, le droit positif a tenté de "banaliser" les découpages électoraux, chaque nouveau découpage fait l'objet d'une controverse.

Tracés insolites, transferts discrets de bureaux de votes stratégiques, déséquilibres démographiques ... De nombreux indices font du découpage des circonscriptions une opération contestée car elle se présente souvent comme la première phase d'une stratégie électorale visant à conforter une tendance politique au sein d'une assemblée (56).

Refondre une carte électorale apparaît comme un exercice visant à masquer une manœuvre électorale en s'accommodant de principes juridiques. Cette logique du "tant qu'à faire", bien que limitée à certaines circonscriptions, est le point sur lequel les remodelages cantonaux et législatifs entretiennent le plus de similitudes.

Ces détournements à des fins électorales sont réalisés grâce aux subtilités de méthodes dont la duplicité n'a d'égale que l'orientation partisane.

(55) De façon explicite dans les décisions de 1986 du Conseil constitutionnel de façon implicite dans les autres jurisprudences.

(56) Sauf pour la réforme cantonale de 1990-1991, qui ne devait pas "faire de vagues".

Ainsi, le découpage, déjà jugé insuffisant comme technique de correction des inégalités de représentation, perd toute crédibilité lors qu'il est au service d'une dynamique électorale et politique.

A - Le découpage au service d'une dynamique politique et électorale

"Un découpage électoral n'est jamais totalement impartial" (57). Pourtant, les contraintes juridiques tout comme les risques d'annulation au contentieux de découpages tendancieux, ont eu pour conséquences, ces dernières années, de "lisser" quelque peu les manipulations d'ordre politique.

Certes limitées à des circonscriptions dites "ouvertes" ou mettant en jeu le devenir électoral d'une personnalité, "les techniques de géographie électorale active" n'en sont pas moins réelles bien que leurs effets sur les rapports de force politique soient difficilement appréciables.

a) Les techniques de "géographie électorale active"

En matière cantonale comme législative, six techniques de "géographie électorale active" peuvent être recensées, utilisées lors des réformes les plus récentes.

Paradoxalement, la première des techniques consiste à maintenir un découpage électoral devenu désuet. Ainsi, le refus de remodelage apparaît comme une mesure de stratégie électorale, un "Gerrymandering de fait" comme le qualifie le Professeur Duverger.

En renonçant au remodelage, à défaut d'aider ses amis politiques on modère, par ce statu-quo électoral, l'ascension de ses adversaires. De plus, dénier un découpage est difficilement l'objet d'un recours (58).

Le "non-découpage" est manifeste en matière cantonale (59).

De façon plus active, au travers de l'exemple du découpage électoral législatif de 1986, (60) on peut distinguer cinq catégories de manipulations électorales dans le découpage des circonscriptions législatives comme cantonales, techniques au demeurant compatibles avec les principes juridiques encadrant le découpage.

Il s'agit tout d'abord de la "gonflette". Dans un département où les écarts de voix entre droit et gauche sont faibles, cette manœuvre consiste à

(57) Dominique Gerbaud, *La Croix*, 20 décembre 1986.

(58) "En s'abstenant de prendre l'initiative d'une modification cantonale le gouvernement s'est livré à une appréciation qui n'est susceptible d'être discutée au contentieux", TA Lyon, 1ère chambre 29 décembre 1988. Réf. 33-38.

(59) En effet, malgré les multiples refontes dont deux d'"ensemble" au plan cantonal, ayant permis la création de 318 cantons en 1973 et 166 en 1982. Le canton de la Valette du Var n'a toujours pas été scindé alors qu'il détient le record national d'inégalités. Concerné par le remodelage de 1991, son dossier s'est "égaré". Il est vrai que son dédoublement "était une des clés du désembouteillage électoral de la grande aire toulonnaise au plan législatif" *Var matin*, "Les mystères du non-découpage", 5 avril 1991.

(60) Classification de J.M. Colombani, *Le Monde*, 28 août 1986. "Le dossier noir : le découpage Pasqua", supplément *PS Info* n° 295 du 13 septembre 1984, décrit (avec une pointe d'humour et d'ironie) l'application de ces techniques en 1986 dans différentes circonscriptions (Alpes de Haute Provence : "Député avec hélicoptère" ; Finistère : "Le canton en rade" ; Hérault : "Micro-chirurgie à Montpellier ; Belfort : "La réserve des peaux rouges" ; etc.).

créer une ou deux circonscriptions où l'on concentre les bureaux de votes "acquis" au bloc que l'on veut défavoriser. Ainsi, par un effet de flux, les autres circonscriptions deviennent plus favorables à la tendance politique au pouvoir. Cette technique a fait l'objet d'une tentative d'application au Val-de-Marne en 1986, sans que les résultats n'aient été probants au demeurant.

À l'opposé de la "gonflette", est la technique de la "noyade". Elle consiste à compenser la prédominance d'un parti sur un pôle urbain par l'adjonction de cantons ou de bureaux de votes défavorables. Cette technique s'est traduite, en 1986, par l'éclatement de pôles urbains ou de villes de gauche réparties dans plusieurs circonscriptions couplant des cantons urbains de gauche à des cantons ruraux de droite. De même, la règle de partition des cantons de plus de 40 000 habitants a-t-elle été appliquée de façon particulièrement marquée aux cantons communistes. Ainsi, apparaissent également les incidences réciproques entre découpage législatif et découpage cantonal, au travers de techniques de "vases communicants" se traduisant par des mouvements d'électeurs d'une réforme à l'autre.

La troisième technique recensée est celle de "l'exil". Elle consiste à contraindre des sortants à changer de circonscription électorale. L'objectif de cette technique est, d'une part de rendre plus difficile la réélection, d'autre part de mettre en cause d'autres mandats électifs. En 1986, le découpage législatif a tenté de mettre ainsi en difficulté Pierre Joxe en Saône-et-Loire qui a dû quitter son ancienne circonscription, celle-ci ayant été pour partie fondue dans la circonscription de Chalon, acquise pour Dominique Perben.

Le quatrième artifice peut être désigné par le terme de "complexité". Il consiste à remodeler la carte électorale de l'ensemble d'un département alors qu'une opération limitée permettait de rééquilibrer l'ensemble du découpage. Dans le Calvados, en 1986, le nombre de sièges de députés est passé de cinq à six. La solution la plus simple consistait à scinder la circonscription de Caen. Une révision d'ensemble du département lui fut préférée.

La dernière méthode de "géographie électorale active" est celle du "mariage" par laquelle deux élus sortants voient leurs bases électorales respectives fusionnées. Ce fut le cas en 1986 dans le département de l'Isère où les communes de Vienne (Louis Mermaz, Député-maire), et de Beaurepaire (Christian Nucci, Député-maire) furent regroupées dans la même circonscription.

L'ensemble de ces techniques, utilisées lors des dernières opérations de découpage électoral, ont, de façon très concrète, des incidences variables le jour du scrutin. Elles peuvent constituer des obstacles insurmontables, majeurs, ou tout simplement inexistantes pour des candidats, tant il est vrai qu'une manipulation électorale n'arrête pas "un grand élan populaire". Il n'en demeure pas moins, de façon très concrète, que la "géographie électorale active" peut avoir d'évidentes conséquences sur la représentativité des assemblées élues.

B - Difficultés d'appréciation des effets d'un découpage, sur les rapports de force entre partis politiques

Les techniques de "géographie électorale active" sont incontestablement présentes lors de l'élaboration d'un tableau électoral. Cependant, bien que certaines tendances se maintiennent, il semble délicat d'en apprécier l'impact réel sur la représentation des forces politiques.

La première caractéristique, propre à toutes les refontes de la V^o République, est l'évincement des extrêmes.

Le découpage n'est alors qu'un volet d'une stratégie globale, qui comprend comme autres outils, l'allocation départementale des sièges, la taille de la circonscription et le mode de scrutin.

En effet, les découpages de la V^o République présentent la singularité d'être "anti-communiste" (61). "Le démantèlement préférentiel des cantons communistes" (Ponceyri), était toujours d'actualité en 1986.

Cette marginalisation est permise, en premier lieu, par la répartition des sièges qui précède souvent les grandes réformes électorales, est accentuée par les effets du mode de scrutin. Ceci est dorénavant plus flagrant pour le Front National. L'allocation des sièges en favorisant la sous-représentation des zones urbaines freine la progression des forces de "gauche", sociologiquement rattachés à ce type de circonscription.

LA DROITE BÉNÉFICIAIRE DES INÉGALITÉS DE REPRÉSENTATION EN 1981 ET EN 1986 (62)

% suffrages de droite	1981	1986
France entière (1)	43,1 (100)	54,8 (100)
20 circonscriptions les + peuplées	38,7 (90)	51,9 (90)
20 circonscriptions les - peuplées	51,6 (120)	51,3 (94)
20 circonscriptions dépassant le plus leur moyenne départementale	37,2 (86)	51,9 (95)
20 circonscriptions les + inférieures à leur moyenne départementale	47,3 (110)	60,6 (111)

(1) Premier tour en 1981 ; extrême-droite comprise.

(61) Ce que soulignait déjà l'étude de Cotteret, Emeri et Lalumière.

(62) Tableau extrait du livre de Robert Ponceyri, "Le découpage électoral", *op. cit.*, qui étudie les caractéristiques démographiques, géographiques et politiques du découpage électoral de 1986, ainsi que le rôle déterminant de la répartition départementale des sièges dans ce cas de figure.

Les incidences en matière cantonales sont moins claires.

Certes, la taille de la circonscription est aussi importante, puisque plus sa dimension s'accroît, plus les voix et les sièges s'éparpillent entre les partis. "C'est la circonscription qui détermine la fixité de l'inscription spatiale des courants politiques et des hommes. la permanence des modes de scrutin peut renforcer ces tendances" (63).

Toutefois, le canton est un cadre territorial assez hermétique (64).

De plus, le mode de scrutin étant fixe depuis des décennies, il est certain que le découpage est, dans ce cas, une variable déterminante au détriment des autres outils de rééquilibrage électoral.

Ceci peut être apprécié à travers l'examen des distorsions existantes entre la représentation nationale et locale, qui trouve son explication dans le territoire et la manière dont il est découpé, seul artifice permettant la résistance de telle dichotomies.

Aujourd'hui encore peut-on observer que certains départements votant à gauche traditionnellement et ayant une représentation parlementaire de gauche, ont un conseil général de droite (Seine Maritime, Aisne, Allier, Loire et Cher, Loire Atlantique, par exemple). Mais la réciproque est également vrai : l'Aube, le cher, le Puy-de-Dôme, votent à droite et ont pourtant un conseil général de gauche.

Ces tendances soulignent par ailleurs l'interférence entre le canton et la circonscription législative.

De plus, les répercussions d'un découpage cantonal sont proportionnelles à l'ampleur des prérogatives politiques du conseiller général (65). À la proximité et à l'enracinement local que confèrent ce mandat, s'ajoute désormais l'influence déterminante du pouvoir du Président du conseil général (66).

Toutefois, si certains points demeurent communs, l'appréciation des retombées dans le rapport de force politique est difficile. R. Ponceyri, à travers l'étude du découpage de 1986 a dégagé 4 critères (examen politique des 52 circonscriptions intouchées, le maintien de certaines distorsions démographiques, le démantèlement préférentiel des cantons communistes, les ambiguïtés de la partition des villes) et n'a pu aboutir à une conclusion.

Au regard des analyses sur les découpages successifs, nous nous rangerons aux réflexions de Messieurs Jauffré et Colombani concluant, à propos du remodelage de 1986 que celui-ci était "nationalement équitable et localement contestable" (67).

(63) Albert Mabileau, "Variations sur le régime des élections locales", *Pouvoirs locaux*, n° 4, 1er trimestre 1990, p. 76.

(64) "L'effet circonscription est remarquable en matière cantonale. À ce propos, la démonstration d'Hervé Lebas, à travers la persistance du vote communiste dans un canton breton, nous informe sur "l'empreinte du passé au creux des comportements politiques". "Retour à l'origine", "Faire la politique, le chantier français", *Autrement*, Série Mutation, n° 122, 1991.

(65) Ce mandat a une envergure nationale dans la mesure où le conseiller général participe à l'élection des sénateurs et qu'il intervient dans la présentation des candidats à la présidence de la République. À ceci, s'ajoute la politisation des partielles et des élections locales, véritable "galop d'essai" national.

(66) Lorsque l'on sait que certains Présidents sont élus en fonction de l'âge (le plus âgé l'emportant en cas d'égalité) on suppose l'intérêt que peut constituer la détermination des cantons. "Le troisième âge et les ciseaux", *Le Quotidien de Paris*, 3 décembre 1984.

(67) *Le Monde*, 9 octobre 1986.

Ceci est d'autant plus vrai qu'une refonte ne concerne qu'un nombre réduit de circonscriptions.

De là, apparaît aussi un autre trait caractéristique des découpages qui visent en particulier une zone sensible ou un personnage important du régime.

Le découpage de la circonscription législative de François Mitterrand en est un parfait exemple, tout comme le cas de Louis Mermaz en 1986. À ce propos, "Le Monde" (68) relatait que "l'intérêt des élections cantonales dépassent les limites départementales en raison de l'importance du patron du conseil général de l'Isère : la victoire ou l'échec du Président de l'Assemblée nationale est un enjeu important ... l'objectif de l'opposition est de déstabiliser sur son propre terrain l'un des personnages clés de l'État socialiste ... après la publication de la liste des nouveaux cantons et du remodelage, l'opposition s'est vivement élevée contre le charcutage opéré, ultime espoir de sauver Monsieur Mermaz".

Toujours est-il que les controverses que suscitent les découpages électoraux porte atteinte à sa crédibilité d'autant plus que sa validité, en tant que technique de rééquilibrage est fortement contestée.

B - Remise en question de la validité des découpages

Paradoxalement, alors que l'on assiste à une avancée de la jurisprudence, les découpages voient leur efficacité contestée. Les refontes des cartes électorales, en tant que technique de rééquilibrage ont démontré leurs limites. Pourtant, dans un avenir proche, s'ils seront réalisés "sans vague" sur le modèle cantonal de 1991, seule une réadaptation juridique de leur mise en œuvre leur fournira le crédit et la légitimité qui leur font défaut.

a) Essoufflement incontestable de cette technique de rééquilibrage

Critiquée sur de nombreux points, la validité des découpages est remise en cause, bien que le recours à d'autres techniques électorales pourrait le compléter et lui garantir une meilleure efficacité.

Tributaire de critères territoriaux, notamment en matière cantonale, alors que les inégalités à corriger sont d'ordre démographique, il est d'autant plus contesté que sa mise en œuvre suscite nombres de difficultés techniques.

En effet, les problèmes nés de la délimitation sur le terrain des nouvelles circonscriptions compliquent les futures élections. À ceci s'ajoute l'organisation des réélections, notamment au plan cantonal, puisque selon les dispositions de l'article L 192 du Code électoral, un élu doit conserver son mandat durant les 6 ans pour lesquels il fut élu. Le cas du canton est tout à fait significatif. Lisieux fut partagé en deux cantons, ce qui entraîna l'élection de deux conseillers généraux. Mais le Conseil d'État annula cette décision et, en revenant à la situation antérieure, on priva un des conseillers de sa circonscription.

La répartition des nouveaux cantons non héritiers d'anciens, dans les séries de renouvellement était, jusqu'aux modifications qui prendront effet en 1992, un imbroglio parfait.

(68) *Le Monde*, 29 janvier 1985.

Outre les difficultés techniques soulevées par la mise en place de ces modifications, le découpage qu'il soit cantonal ou législatif, témoigne de ses insuffisances.

L'usage répété de cette technique ne semble plus produire les effets escomptés, tant au plan démographique qu'électoral. Cet essoufflement est flagrant si on analyse les refontes cantonales.

Le canton a du mal à se dégager des postulats de géographie administrative érigés sous Révolution.

Des progrès sont toutefois à constater. Ils sont propres à la V^o république qui a souhaité se dégager du principe liant les circonscriptions électorales aux circonscriptions administratives.

Dès la réforme de 1958, le repère territorial du découpage législatif n'est plus l'arrondissement mais le canton. Pour ce dernier, bien que l'on invoque volontiers son rapport avec son contenu administratif d'autrefois, sa délimitation est plus floue notamment en zone intra-communale.

On a souhaité pallier des injustices électorales en conservant les critères qui avaient conduit à ces inégalités.

Il fut trop longtemps donné une réponse territoriale à un problème d'ordre démographique.

Le problème est tout aussi présent en matière législative, lorsque l'on compare les circonscriptions, non pas à l'intérieur d'un même département, mais entre les différents départements.

Les distorsions relevées sont, en fait accentuées par le principe selon lequel, tout département a au moins deux représentants.

Il semble dorénavant important de combiner d'autres critères pour faire du découpage une technique d'appoint. Une combinaison des modes de scrutin présenterait un avantage certain en matière cantonale.

Les quelques améliorations à apporter aux découpages afin qu'ils retrouvent leur crédibilité sont sans doute le fruit des avancées de la jurisprudence.

b) Les perspectives proches

Malgré tous les aléas et critiques auxquels sont sujets les découpages électoraux, les prochains seront sans doute marqués d'une détermination juridique plus ferme.

Cette "politique saisie par le droit", pour reprendre l'expression du Doyen Favoreu, déjà sensible en matière législative devrait gagner le domaine cantonal.

Des tentatives de nature juridique sont depuis intervenues pour résorber le phénomène. L'article 2 de la loi du 11 juillet 1986 complète l'article L 125 du Code électoral en disposant que "la révision des circonscriptions" intervient "après le deuxième recensement général de la population suivant la dernière délimitation. De même, dans sa proposition de loi de 1988, Jean-Louis Masson proposait que le découpage cantonal soit revu après chaque recensement.

Sur le plan juridique, ce type de disposition n'a pour autant que valeur de déclaration d'intention. Dans sa décision des 1^{er} et 2 juillet 1986, le

Conseil constitutionnel a en effet considéré que, quel que soit le bien fondé de la disposition, elle ne saurait "lier le législateur pour l'avenir" (69).

De même, en matière cantonale, le Conseil d'État vient récemment de juger (CE Section 30 novembre 1990, Association Les verts et élections cantonales de Chaufailles, A.J.D.A., 1991, p. 114) que le gouvernement n'est pas tenu de modifier un découpage devenu illégal, du fait de l'évolution démographique.

Pourtant en matière cantonale, alors que nombre d'inégalités persistent, la réforme de 1991 fut très limitée puisqu'elle n'a permis la création que de 38 cantons.

Est-ce à dire que le découpage législatif de 1986 soit appelé à être pérennisé comme son prédécesseur de 1958, et glisser peu à peu vers un "Gerrymandering de fait" ? Il ne semble pas.

Après avoir mis en relation les premiers résultats du recensement de 1990 et l'évolution des équilibres démographiques entre les circonscriptions, les services du Ministère de l'Intérieur ont constaté que la carte de 1986 commence à vieillir sérieusement.

L'on a pensé même, au cabinet de Pierre Joxe alors ministre de l'Intérieur, que si l'on ne profite pas du recensement de 1990 pour corriger en douceur la carte des circonscriptions législatives (70), celle-ci durerait encore vingt ou trente ans.

Dans une phase préparatoire, trois hypothèses ont été envisagées :

1) L'effectif de l'Assemblée Nationale est maintenu à 577 députés. Chaque siège est désormais attribué par tranche de 113 500 habitants contre 108 000 en 1985/1986. 23 départements sont à revoir :

12 gagnent un siège (71), 10 en perdent un (72), Paris en perd deux.

Il est à noter cependant que les dix départements qui perdent un siège votent plutôt à gauche.

2) On maintient le pas d'un député par tranche de 108 000 habitants entamée. L'effectif de l'Assemblée Nationale passe à 595 députés. Paris perd un siège. 19 départements gagnent un siège (73). La Seine et Marne en gagne deux. Paris ne perd pas de siège.

3) On ramène le pas à 107 000 habitants. L'effectif de l'Assemblée passe alors à 603 sièges. 24 départements gagnent un siège (74)

Quelle que soit l'hypothèse choisie (75), des rééquilibrages importants touchant à une vingtaine de départements devra intervenir, et ce assez rapidement, la loi interdisant depuis 1990 un redécoupage dans l'année précédant des élections générales (76).

(69) Qu'advierait-il si après un recensement, une révision n'était pas engagée ? Le découpage étant caduc, pourrait-on organiser des élections sur la base de circonscriptions non actualisées.

(70) Un peu dans l'esprit de la réforme cantonale de 1991, "en douceur et sans vagues".

(71) 01 - 30 - 31 - 35 - 45 - 73 - 74 - 77 - 83 - 84 - 85 - 974.

(72) 51 - 57 - 59 - 62 - 65 - 68 - 71 - 76 - 80 - 94.

(73) 01 - 06 - 13 - 30 - 31 - 33 - 34 - 35 - 38 - 45 - 73 - 74 - 77 - 78 - 83 - 84 - 91 - 95 - 974.

(74) Les 19 départements de la note (33) plus l'Aisne, le Cher, les Côtes d'Armor, le Rhône et l'Yonne.

(75) Il semblerait qu'une solution proche de l'hypothèse n° 2 ait les faveurs du Gouvernement et du Président de la République.

(76) Donc, si réforme il y a, elle devra être achevée avant mars 1992.

Au-delà de l'évidente opportunité politique qu'elle offre au Gouvernement, cette volonté de faire correspondre le découpage législatif au recensement, traduit, de la part du monde politique, l'assimilation des grands principes juridiques liés à l'égalité de suffrage. En outre, la loi de 1990 procédant au regroupement des élections cantonales et régionales, vient d'interdire tout redécoupage électoral dans l'année précédant un scrutin : la volonté de limiter les manipulations politiques est manifeste de la part du monde politique et du législateur.

La même volonté existe pour les autres découpages pris par le législateur : délimitation des régions en Nouvelle Calédonie et surtout des secteurs électoraux à Marseille en 1987 (77).

Comme l'a écrit le Doyen Favoreu, les années 1980 ont été marquées, sur le plan institutionnel par un phénomène de "politique saisie par le droit", et notamment en matière de découpages électoraux.

Cette "politique saisie par le droit" n'en souligne que davantage le caractère exceptionnel, au sens fort du terme, du régime des découpages cantonaux.

En effet, ces derniers sont pris sur le fondement de deux textes nés de circonstances de crise (78) :

- Le critère territorial, presque exclusif, manque de précision et s'avère contestable au plus haut point dans un pays désormais urbain.
- Tout cela conduit à des distorsions dans la représentativité politique des Assemblées départementales, globalement en défaveur des forces de gauche, mais ponctuellement aussi en défaveur de la droite.

En dépit des réformes cantonales qui interviennent de façon périodique sous la V^e République, la carte cantonale apparaît globalement comme un correspondant plus aux réalités socio-démographiques de la France contemporaine. Pourtant, s'il y a un relatif consensus sur le constat, les solutions aux problèmes posés par la carte des cantons ne sont pas évidentes.

La première consisterait à revoir le mode de scrutin. Si la possibilité en a été envisagée, une révision du mode de scrutin cantonal devrait s'accompagner d'une redéfinition du rôle et des fonctions de la collectivité départementale, solution qui n'a pas les faveurs du Président de la République, dont on connaît l'attachement au département et canton.

L'on peut envisager, en second lieu, de revenir sur le caractère dérogatoire du régime des découpages cantonaux en annulant l'ordonnance de 1945 et en faisant entrer la matière dans le domaine législatif.

La solution, séduisante sur le plan théorique, est imparable sur le plan juridique (79). Elle permettrait d'appliquer définitivement aux cantons les principes démographiques dégagés par le droit positif.

Mais, de façon très concrète, peut-on confier au Parlement, et discuter devant lui du découpage de 5 000 cantons. Si devant l'Assemblée Nationale, l'article 49-3 de la Constitution pourrait être utilisé si besoin, l'on peut s'interroger de la tournure que prendraient les débats devant le Sénat,

(77) Si cette carte fut élaborée dans le secret du Cabinet Gaudin, elle fait part d'un net progrès dans la mesure où elle clarifie la composition des circonscriptions, en groupant les arrondissements 2 à 2.

(78) Ordonnances de 1871 (fin de la Commune, chute de l'Empire) et de 1945 (Libération).

(79) Lire, en ce sens, "La problématique constitutionnelle des projets de réforme des collectivités territoriales", Louis Favoreu, *R.F.D.A.* mai-juin 1990, pp. 402-403.

"grand conseil des communes de France ...", et des conseils généraux. Ne risque-t-on pas de retomber dans une situation de tractations politiques intenses, et assez sordides, comme ce fut le cas sous la III^e République pour le découpage des circonscriptions législatives ?

Reste une troisième solution, la plus opérationnelle sans doute. Elle consisterait à remplacer l'ordonnance de 1945 par un texte de loi fixant d'une part des critères de découpage correspondant aux principes constitutionnels et confiant d'autre part l'opération au pouvoir réglementaire sous le contrôle du juge. Tel est d'ailleurs le sens de la proposition de loi de Jean-Louis Masson en 1988.

Il faut cependant s'assurer, au préalable, que le Conseil constitutionnel n'ait pas, en la matière, une conception trop extensive du domaine de la loi, considérant que l'ensemble des opérations de découpage cantonal relève du législateur, ce que peut laisser supposer une interprétation large de l'article 34 de la Constitution. En tout cas, une solution de cette nature pourrait permettre un alignement du régime du découpage cantonal sur le droit commun.

*

Ainsi que le montre l'analyse, les effets politiques d'un découpage électoral sont fonction de la contrainte juridique qui pèse sur les initiateurs d'une réforme. Plus le droit est strict, plus l'arbitraire, voire la manipulation électorale est limitée. Cette observation est manifeste lorsque l'on effectue un examen comparé à la fois du régime juridique et des effets politiques des découpages cantonaux et législatifs. Dire que la politique est saisie par le droit n'est pas un vain mot, a fortiori en matière électorale, ce qui constitue non seulement un progrès de la démocratie, mais encore une avancée de l'État de droit.

CONCLUSION

Longtemps stigmatisés en raison de leurs déviances partisans, car enjeu politique de tout premier plan, les découpages électoraux constituent un domaine dont le gouvernement s'est assuré la maîtrise.

Seule l'intervention du juge administratif puis constitutionnel est venue contrebalancer cette prédominance.

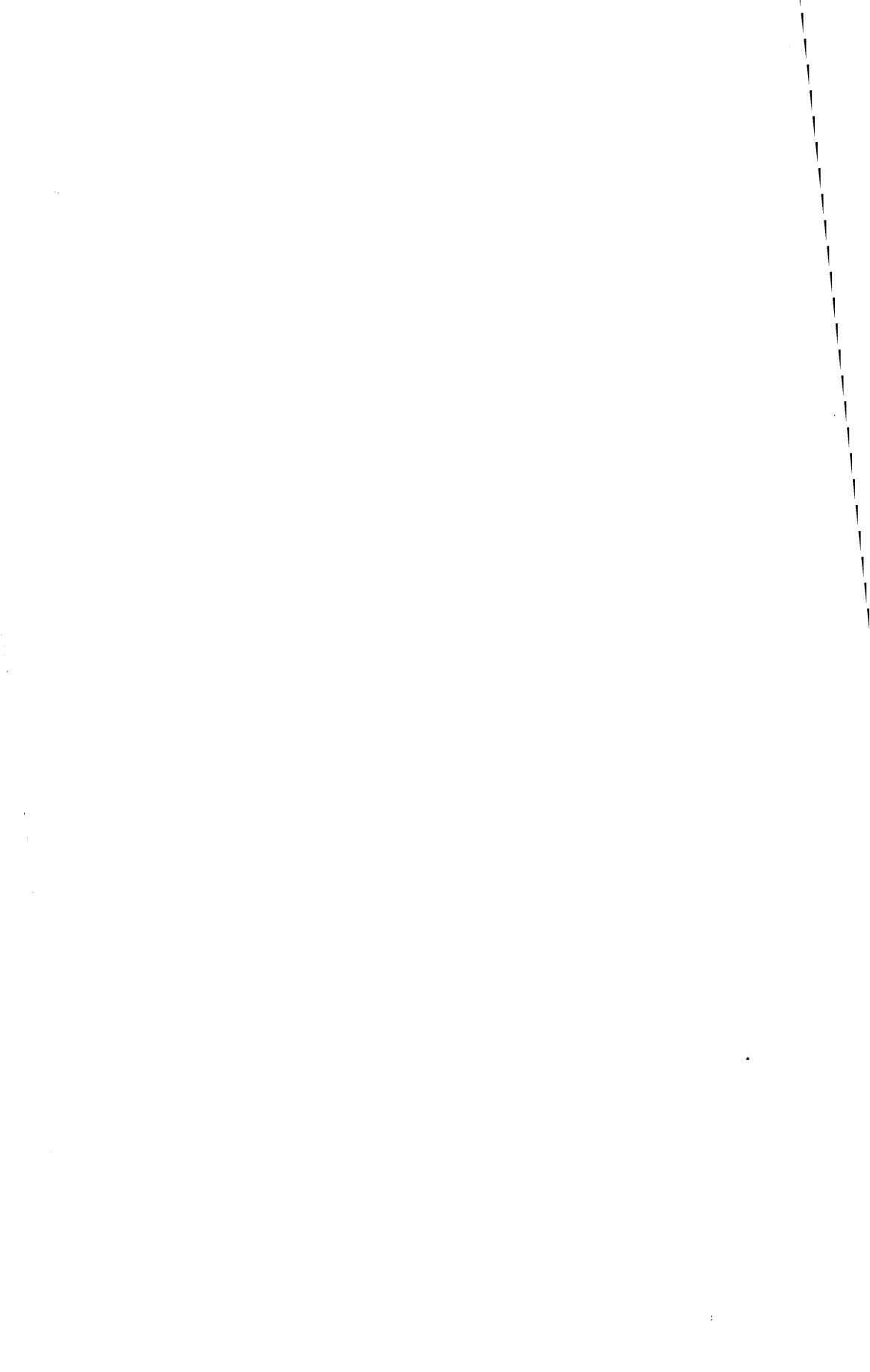
La détermination de normes légales et jurisprudentielles venant encadrer la latitude d'action des artisans du découpage électoral a de réelles incidences sur le contenu politique des opérations les plus récentes. À ce titre, la comparaison entre le régime des découpages législatifs, très directif, et celui des découpages cantonaux, plus souple, est révélatrice.

Certes, avec quelques années de retard sur les démocraties occidentales les plus en pointe sur la question, le droit public français a ainsi pris en compte et canalisé un phénomène politique pouvant troubler le fonctionnement démocratique des pouvoirs publics.

Pourtant, si importants soient-ils, les principes régissant les découpages électoraux ne doivent pas se figer dans ce que certains pourraient considérer comme une sorte de perfectionnement classique.

Certains d'entre eux mériteront dans le futur d'être précisés. Mais surtout, il conviendra de les appliquer de façon uniforme, quel que soit le découpage entrepris : législatif, régional, cantonal, ou bien municipal.

Ainsi, le principe d'égalité de suffrage, et donc *in fine* le citoyen, ne pourront, dans leur conception respective contemporaine, qu'être gagnants.



R.R.J. 1991-3

Pages 723 à 775

- II -

**PHILOSOPHIE DU DROIT ET
MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE**

LA THÉORIE PURE DU DROIT DE KELSEN ET LA LOGIQUE

Par

Paul DUBOUCHET

Maître de conférences de droit public à l'Université Française du Pacifique

Toujours associée à une approche logique du phénomène juridique, la "théorie pure du droit" du grand philosophe autrichien du droit Hans Kelsen (1881-1973) a eu une influence considérable sur toute la pensée juridique contemporaine. Les premiers éléments de cette théorie furent établis par Kelsen, dès 1911, dans son ouvrage *Les problèmes fondamentaux de la théorie du droit public (Hauptprobleme der Staatsrechtslehre)*, avant d'être développés dans la première édition de la *Reine Rechtslehre* de 1934.

Nous envisagerons tout d'abord l'entreprise de purification conduite par Kelsen et qui est inséparable des grands postulats méthodologiques de l'auteur (I), puis la distinction de la "statique juridique" et de la "dynamique juridique" qui est au cœur de la théorie pure du droit (II), enfin le problème de la complétude et de la cohérence de l'ordre juridique tel que le conçoit Kelsen (III).

I - LA "PURIFICATION KELSÉNIENNE"

Le point de départ de la philosophie juridique de Kelsen est -comme l'indique le titre de son grand ouvrage- la purification de la théorie du droit de tous les éléments qui ne sont pas spécifiquement juridiques. Ce projet, Kelsen a pu en emprunter l'idée à Kant qui a opéré exactement de la même manière dans le domaine moral. En effet, Kant a voulu purifier la doctrine morale de toutes les composantes qui lui étaient étrangères, et notamment de la religion. C'est pourquoi il dénonce les "morales de l'hétéronomie" qui -telles les morales religieuses- sont soumises à un principe extérieur à la moralité -à Dieu- ; elles sont régies par "l'impératif hypothétique" qui introduit une condition ("fais ceci si tu veux obtenir cela"). Aux morales de

l'hétéronomie, Kant oppose la "morale de l'autonomie" régie par "l'impératif catégorique" qui est le seul véritablement moral car il commande sans condition ("fais ceci" ; "ne fais pas cela").

Kelsen opère de façon exactement parallèle en ce qui concerne la théorie juridique. Il a voulu la purifier de toutes les composantes qui étaient étrangères au droit, et notamment de la morale et de la politique. C'est pourquoi, on pourrait dire qu'il dénonce les "doctrines juridiques de l'hétéronomie" qui sont soumises à un principe extérieur au droit : c'est le cas des doctrines juridiques antiques, médiévales et classiques qui se réfèrent à Dieu ou à la morale ; c'est le cas également des doctrines juridiques des XIXe et XXe siècles qui se réfèrent aux sciences psychologique, sociologique ou politique qui, en elles-mêmes, sont étrangères à la science du droit. Kelsen, au contraire, veut assurer l'autonomie de la science juridique par rapport à la morale et aux autres sciences : sa théorie du droit est une "doctrine juridique de l'autonomie", au sens kantien du terme.

Kelsen en effet ne procède pas ici autrement que Kant qui voulait définir sa "logique pure" en faisant abstraction de toutes les conditions empiriques de fonctionnement de notre entendement, ni autrement que Husserl qui rejetait les méthodes empiriques de détermination. Le juriste autrichien refuse "l'amalgame" de la science du droit avec les autres sciences, "psychologie, sociologie, éthique et théorie politique" (1). Certes, le phénomène juridique n'apparaît que dans des conditions historiques, sociologiques, économiques, morales et politiques, mais le théoricien (pur) du droit est conduit à en faire abstraction afin d'appréhender le phénomène juridique dans son immanence. "La théorie pure du droit, écrit Kelsen, n'ignore pas que le contenu de tout ordre juridique positif est déterminé par des facteurs historiques, économiques, moraux et politiques, mais elle cherche à comprendre le droit dans son sens immanent... Une théorie du droit est dite pure quand elle évite tout syncrétisme des méthodes" (2).

La démarche de Kelsen doit l'amener à découvrir la spécificité de phénomène juridique, l'essence de la juridicité. Kelsen découvre cette spécificité dans la "normativité" : le phénomène juridique est un phénomène normatif, il est même certainement, dit Paul Amselek, "le phénomène normatif le plus typique" (3). "Pour comprendre le sens spécifique du droit tel qu'il s'adresse aux hommes dont il règle la conduite réciproque, écrit Kelsen, pour définir la signification des divers phénomènes juridiques (autorisation, obligation, responsabilité, organe, compétence, etc.), pour pouvoir dire d'un comportement humain qu'il est conforme ou contraire au droit, il faut considérer que le droit prescrit, interdit ou permet aux hommes de se conduire d'une manière déterminée, qu'il les autorise à exécuter certains actes ayant le caractère de conséquences juridiques spécifiques. Or, prescrire, interdire ou autoriser sont des fonctions normatives que seules des normes peuvent remplir. On ne peut donc comprendre le sens spécifique du droit que si on le considère

(1) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduction Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 2.

(2) H. Kelsen, *Théorie du droit international public*, Cours de La Haye, 1953, vol. 84, p. 7. Cité par A. Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'état*, A. Pédone, 3e éd., 1978, p. 305.

(3) P. Amselek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, L.G.D.J., 1964, p. 84. L'auteur rappelle ici ce mot de Lalande : avec le phénomène juridique, "le caractère normatif apparaît en pleine lumière" (*La Raison et les normes*, p. 148).

comme un ensemble de normes" (4). Paul Amselek peut d'ailleurs dégager "le postulat fondamental de la Théorie pure" qui, selon lui, réside dans l'affirmation suivante de Kelsen : "tous les problèmes juridiques doivent être posés et résolus comme les problèmes d'un ordre normatif" (5). Dans la perspective kelsénienne, en un mot, un système juridique est normatif ou il n'est pas. La science du droit une science normative, c'est-à-dire, selon Kelsen, une science qui a pour objet les normes.

Or, le phénomène *normatif* ou *déontique -le devoir-être-* qui est la condition et le garant de l'autonomie de la théorie juridique et de la découverte de son essence, se définit par opposition au phénomène *ontique -à l'être.* Car, l'autonomie de la théorie juridique et la découverte de l'essence du droit se conquièrent encore à partir d'une distinction établie par Kant : la célèbre distinction de l'*être* et du *devoir-être*, du *Sein* et du *Sollen*, du *plan de la réalité* et du *plan de l'obligation.*

Au plan de la réalité correspondent les *sciences de la nature* qui obéissent au *principe de causalité* (dans les mêmes conditions, les mêmes causes produisent les mêmes effets) ; au plan de l'obligation correspondent les *sciences normatives* qui obéissent au *principe d'imputation* établissant le rapport entre la condition de la norme et la conséquence de la norme, c'est-à-dire la relation spécifique entre l'acte et la sanction.

Pas plus que les sciences de la nature n'ont à s'interroger sur la cause ultime des phénomènes, les sciences normatives n'ont pour rôle d'explorer le bien-fondé de l'ordre normatif, de découvrir le fondement métaphysique des normes. Suivant la perspective d'Auguste Comte (6), la science ne doit pas se poser la question *pourquoi ?* mais la question *comment ?* Elle ne doit pas rechercher les premiers fondements ("L'Absolu, disait Littré, est un océan pour lequel nous n'avons ni barque ni voile"). La théorie pure du droit se borne à expliquer le fonctionnement des *lois juridiques*, de même que la science de la nature se borne à établir les *lois scientifiques*, c'est-à-dire des rapports constants entre les phénomènes.

Notons à cet égard que si la "loi juridique" se rapproche de la "loi scientifique" dans la mesure où elle établit, elle aussi un *rapport* entre ces deux phénomènes que sont le *délit* et la *sanction*, elle s'en distingue essentiellement sur un point qui est au centre, et même à la genèse de la "théorie pure du droit". En effet, Kelsen oppose constamment, ainsi que le rappelle Paul Amselek, la *loi scientifique* qui représenterait une "fonction de la connaissance" à la *loi juridique* qui manifesterait une "fonction de la volonté" (7). On sait que cette distinction entre "fonction de la connaissance" et "fonction de la volonté" commande la distinction kelsénienne du *droit* (de sa manifestation en tant que telle, c'est-à-dire de sa création et de son application notamment) et de la *science du droit* (c'est-à-dire de sa connaissance).

C'est pourquoi, à la différence d'une assertion, la *norme juridique* qui est un acte de volonté, ne peut être ni vraie ni fausse ; selon Kelsen, elle

(4) H. Kelsen, *Théorie du droit international public*, Cours La Haye, R.C.A.D.I., 1953, p. 9-10. Cité par P. Amselek, op. cit., p. 83.

(5) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduction Thevenaz, 1953, p. 112. Cité par P. Amselek, op. cit., p. 83.

(6) Le positivisme kelsénien semble en effet être aussi proche du "paléo-positivisme" d'Auguste Comte que du néo-positivisme de l'École de Vienne ou de l'École d'Oxford.

(7) P. Amselek, op. cit., p. 78.

peut être seulement valide ou non-valide (8). En revanche, les *propositions de droit* qui portent sur les normes peuvent être vraies ou fausses. Or, le juriste autrichien remarque que "les principes logiques en général, et par suite le principe de non-contradiction en particulier, peuvent être appliqués -directement- aux propositions de droit qui décrivent des normes juridiques, et en conséquence -indirectement- aux normes juridiques elles-mêmes" (9).

Puisque les principes logiques sont applicables aux normes juridiques, le juriste autrichien veut s'intéresser à la seule *forme logique* des normes, à leur seul *caractère formel*, non à leur contenu.

Ainsi, à l'intérieur même du plan de l'obligation, du monde du devoir-être, une nouvelle distinction kantienne -non moins célèbre que la précédente- apparaît, celle de la *forme* et du *contenu*. De même que chez Kant le *contenu* est une masse "informe" et amorphe (le bloc de marbre du sculpteur) qui doit être "informée" c'est-à-dire ordonnée, organisée par la *forme* (le travail, l'art du sculpteur), de même chez Kelsen le plan de l'obligation présente encore toute une masse indistincte et indifférenciée correspondant au domaine du "non-droit" -c'est ce domaine qui est "informé", c'est-à-dire ordonné et organisé par le "caractère formel des normes" pour être érigé en un véritable droit. Le passage du "non-droit" au "droit" s'opère chez Kelsen par le passage du contenu à la forme, d'un contenu qui peut être axiologique et moral à une forme qui est typiquement et exclusivement juridique. Chez Kant, la forme rend le contenu perceptible, lui donne vie (c'est elle qui renouvelle le mythe de Pygmalion) ; elle assure le passage du "noumène" au "phénomène". Chez Kelsen, le "caractère formel des normes" donne vie juridique à leur contenu informe ; c'est lui qui assure le passage du "non-droit" au "droit" - à cet égard, Kelsen invoque un mythe antique qui confirme cette idée : "De même que tout ce que le roi Midas touchait se transformait en or, tout objet auquel le droit s'applique acquiert une existence juridique" (10).

Ainsi, le grand mérite de la "purification kelsénienne" est-il, en découvrant, selon l'expression de Paul Amselek, "dans le phénomène juridique, le phénomène normatif le plus typique", de déboucher sur une exploration purement formelle, c'est-à-dire purement logique des normes.

Or, dans ce domaine, le mérite de Kelsen ne s'arrête pas là. En effet, à la différence par exemple d'un Jean Ray (11), Kelsen ne s'attache pas à étudier la logique des propositions normatives par rapport à leur quatre grandes formes fondamentales (l'obligatoire, l'interdit, le permis et le facultatif) : il n'énonce pas les 24 propositions normatives possibles qui forment ce que Jean-Louis Gardies a appelé "le squelette logique de toute législation" (12). En un mot, Kelsen n'explore pas la *logique des normes* que développeront, à partir des années 1950, von Wright et Kalinowski.

A notre avis, il a parfaitement raison, car, si pour la pensée logique et mathématique, la logique des normes est du plus haut intérêt, en revanche, dans le domaine du droit, et même utilisée dans son développement le plus complexe et le plus récent, elle ne nous semble que très rarement pouvoir être

(8) "La validité, dit Kelsen, est le mode d'existence spécifique des normes", op. cit., p. 13.

(9) H. Kelsen, op. cit., p. 105.

(10) H. Kelsen, op. cit., p. 133.

(11) J. Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Alcan, 1926.

(12) J.-L. Gardies, *Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique*, L.G.D.J., 1972, p. 54.

beaucoup plus que "la politesse élémentaire de l'esprit juridique". Nous paraît au contraire autrement intéressante l'exploration formelle et logique des normes à laquelle se livre Kelsen et qui procède de la distinction entre des *normes primaires* et des *normes secondaires*. En effet, Kelsen préfigure, à plus d'un titre, les analyses de Hart reconnaissant le cœur de la vie du droit dans l'articulation entre des normes primaires ou normes de comportement et des normes secondaires qui, portant sur les normes primaires, sont de trois sortes : normes de reconnaissance (ou d'identification), normes de décision (ou sur la sanction), normes de changement (ou sur la production juridique) (13). Or, dans la "théorie pure du droit", c'est la distinction entre la *statique juridique* et la *dynamique juridique* qui, dans ses grandes lignes et avec toutes les précisions qu'il convient d'apporter, correspond à la distinction des normes primaires et des normes secondaires, en même temps qu'elle atteste véritablement la contribution de Kelsen à l'exploration de la normativité du droit.

II - LA DISTINCTION DE LA "STATIQUE JURIDIQUE" ET DE LA "DYNAMIQUE JURIDIQUE"

Kelsen peut être considéré comme l'un des pères de la science normative dans la mesure où la normativité est à l'origine et au centre de la théorie pure du droit, puisque c'est précisément la purification de la théorie du droit de tous ses éléments extra-juridiques, de toutes ses alluvions historiques, économiques, morales et politiques qui lui permet de découvrir la spécificité du phénomène juridique, l'essence de la juridicité qui réside, selon lui, dans la normativité : ainsi que l'avait déjà remarqué Lalande, "avec le phénomène juridique, le caractère normatif apparaît en pleine lumière" (14). Cependant, il faut tout de suite ajouter que si Kelsen a bien détecté les préliminaires, le sous-bassement épistémologique, les conditions de possibilité de cette science, ses préjugés positivistes l'ont empêché d'édifier véritablement une science de la normativité car il fut victime de cette "peur du normatif" qui, selon Lalande, a toujours caractérisé le positivisme (15). Notre propos n'est pas de reprendre ici ce débat, mais seulement de nous interroger sur la nature et le statut des normes que Kelsen entend étudier et décrire. A cet égard, s'il n'est pas étonnant qu'Aristote, père du droit constitutionnel, soit déjà arrivé à distinguer deux niveaux de normes, il n'est guère plus étonnant que Kelsen, l'un des plus illustres représentants de la théorie de la hiérarchie des normes et l'un des inventeurs du contrôle de la constitutionnalité des lois, ait détecté le caractère opératoire de cette distinction en opposant la "théorie statique du droit" qui envisage "le droit à l'état de repos, comme un système de normes en vigueur" et la "théorie dynamique du droit" qui a pour objet "le droit en mouvement, le processus juridique par lequel le droit est créé et appliqué" (16). Kelsen en effet établit entre les normes une dichotomie fondamentale suivant qu'elles relèvent de la statique juridique ou de la dynamique juridique. Cette distinction est au cœur de la théorie pure du droit, et les deux *Titres IV*

(13) H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. Michel van de Kerchove, Bruxelles, 1976.

(14) A. Lalande, op. cit., p. 148.

(15) A. Lalande, op. cit., p. 144.

(16) H. Kelsen, op. cit., p. 96.

et V qui traitent respectivement de la "statique du droit" et de la "dynamique du droit" occupent une place centrale dans l'ouvrage de Kelsen, ils forment le noyau dur de la construction kelsénienne dont les *Titres I à III* qui précèdent ne sont que les préliminaires et les *Titres VI à VIII* qui suivent ne sont que les conséquences (même si ces préliminaires et ces conséquences ont par ailleurs une grande importance dans la philosophie juridique de Kelsen). Nous allons donc examiner successivement ces deux volets de la construction kelsénienne, en commençant paradoxalement par le second, la dynamique juridique, non seulement parce qu'il est peut-être le plus connu, mais aussi et surtout parce que, comme il apparaîtra rapidement, c'est seulement cette inversion par rapport à l'ordre d'exposition de Kelsen qui doit donner tout son sens à notre analyse et à notre exploration des différents types de normes dont traite la théorie pure du droit.

SECTION II - LA DYNAMIQUE JURIDIQUE (17)

L'exposé kelsénien de la dynamique du droit comprend deux grandes parties : la première, consacrée à la norme fondamentale (§ 34 - *Le fondement de la validité des ordres normatifs : La norme fondamentale*), la seconde, consacrée à *La pyramide de l'ordre juridique* (§ 35). Nous allons suivre -très brièvement d'ailleurs- ces deux grandes parties de la dynamique du droit. Appliquant encore à la Dynamique juridique notre démarche régressive, nous procéderons "à rebours" en examinant d'abord la Pyramide de l'ordre juridique.

§ 1 - La pyramide juridique

Le point de départ de la dynamique juridique est l'affirmation que le droit est un "ordre normatif", "un système de normes qui règlent la conduite d'êtres humains" (18). On sait que Kelsen veut s'intéresser à la seule forme logique des normes, à leur seul caractère formel, non à leur contenu. Or, le caractère formel des normes étant inséparable de la marque essentielle des normes, de leur mode d'existence spécifique qui est la validité, il en résulte qu'une norme n'a de validité que par rapport aux autres normes, c'est-à-dire qu'elle n'a de validité que dans le système normatif auquel elle appartient. Selon Kelsen, on peut qualifier "la norme qui constitue le fondement de la validité d'une autre norme de norme supérieure par rapport à cette dernière, qui apparaît donc comme une norme inférieure à elle" (19).

Si une norme n'a de validité que dans le système auquel elle appartient, il faut considérer la validité des normes dans ce système, dans l'ensemble de l'édifice juridique. Ce qui caractérise cet édifice, c'est sa *formation par degrés, par étages* ; il s'agit d'un édifice hiérarchisé, la norme supérieure réglant la création de la norme inférieure en lui communiquant sa validité. Cet édifice hiérarchisé définit ce que Kelsen appelle l'ordre juridique :

(17) Sur la dynamique juridique, voir notre *Sémiotique juridique. Introduction à une science du droit*, 1990.

(18) On peut noter ici la différence radicale que Kelsen entend introduire entre la dynamique juridique et la statique juridique, puisque le point de départ de cette dernière est l'affirmation que l'ordre juridique est un "ordre de contrainte", un ordre qui "institue des actes de contrainte".

(19) H. Kelsen, op. cit., p. 255.

"L'ordre juridique, écrit-il, n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou de couches de normes juridiques".

Dans les ordres juridiques étatiques, au sommet de cet édifice se trouve la Constitution qui règle la création des normes juridiques générales, immédiatement en-dessous se situent les autres normes générales créées par voie de législation ou de coutume, puis celles créées par le règlement, enfin, à la base de l'édifice se trouvent les normes juridiques individuelles qui proviennent des actes administratifs, des décisions juridictionnelles ou des clauses contractuelles (20).

Ainsi, toutes les normes du système sont unies par un lien commun de validité : la norme supérieure communiquant, par une véritable délégation, sa validité à la norme inférieure. Albert Brimo a caractérisé, de façon fort remarquable, ce lien commun de validité en remarquant que dans cette construction "toute règle apparaît comme un acte d'exécution par rapport à la règle supérieure et un acte de législation par rapport à la règle inférieure à laquelle elle transmet la validité" (21). La règle supérieure est, en effet, un acte de législation, c'est-à-dire d'édiction et de création d'une règle inférieure qui est elle-même l'acte d'exécution et d'application de la règle supérieure.

A cet égard, la structure hiérarchique du droit trouve une illustration logique dans le "calcul modal" d'Oskar Becker introduisant des expressions avec *foncteurs normatifs réitérés*, expressions telles que "GEp", "EGp", qu'il interprète respectivement : "L'instance supérieure ordonne à l'instance inférieure de permettre l'action p", "L'instance supérieure permet à l'instance inférieure d'ordonner l'action p" (22). Si on donne des deux expressions précédentes une interprétation plus générale telle que : "L'instance supérieure donne compétence à l'instance inférieure d'édicter la règle p", mieux que de la conception de Kelsen, l'illustration logique d'Oskar Becker se rapprocherait de la conception de Carré de Malberg et de René Capitant qui substitue à la pyramide kelsénienne des normes, une pyramide de compétence.

Ainsi, la notion d'"ordre juridique" permet de comprendre la particularité la plus remarquable du droit -sur laquelle Kelsen revient à plusieurs reprises- qui est de "régler lui-même sa propre création" : l'unité du système résulte de la connexion entre les normes qui est créatrice de leur validité. Cette particularité permet au système juridique de régler non seulement sa propre *création*, mais aussi son *application* : "l'application du droit est en même temps création du droit" (23).

Ce caractère introduit une différence fondamentale entre les systèmes juridiques et les systèmes logico-mathématiques.

Pour bien expliciter la différence entre ces deux sortes de système, il faut rappeler la distinction introduite par les logiciens entre les *règles de transformation* et les *règles de formation*, entre le niveau purement logique et le niveau grammatical. En effet, un auteur de l'importance d'un Frege qui, par

(20) H. Kelsen, op. cit., p. 299-314.

(21) A. Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, A. Pedone, 3e éd., 1978, p. 315.

(22) O. Becker, *Untersuchungen über den Modalkalkül*, 1952, cité par G. Kalinowski, *La Logique des normes*, P.U.F., 1972, p. 104.

(23) H. Kelsen, op. cit., p. 315.

sa *Begriffsschrift* (24) de 1879, signe l'acte de naissance de la logique moderne, ne considère véritablement que le seul niveau des règles de transformation, c'est-à-dire celui de la dérivation des théorèmes à partir des axiomes, il occulte le niveau préalable et préliminaire des règles de formation ; comme tous ses devanciers depuis Euclide, il passe sous silence l'importance du niveau grammatical : ainsi que l'écrit Jean-Louis Gardies, "Frege, le plus scrupuleux et le plus radical dans ses réflexions l'a pour l'essentiel méconnu" (25). Car, il rejette dans le faux les expressions mal formées (telles que " $2 + = 5$ " ou " $y - = a +$ ") oubliant que ces dernières, ainsi qu'on a pu le dire "ne s'élèvent même pas jusqu'à la dignité du faux". Sur ce point, Jean-Louis Gardies rappelle que c'est Husserl qui a réveillé les logiciens de leur sommeil grammatical par l'avertissement qu'il leur adressait dans ses *Logische Untersuchungen* (26).

Frege, en effet, avait méconnu l'importance du niveau grammatical en rejetant dans le faux les expressions mal formées, c'est-à-dire que pour lui l'expression : " $2 + = 5$ " aurait été aussi fautive que l'expression : " $2 + 2 = 5$ ".

Or, la première expression est mal formée, tandis que la seconde, tout en étant fautive, est bien formée.

Dans ses *Recherches logiques* (27), Husserl donne des exemples du même ordre mais qui sont empruntés au langage ordinaire. La signification d'une expression telle que : "un rond ou" ne peut exister, c'est un non-sens (*Unsinn*), tandis qu'une expression telle que : "un carré rond" n'est pas totalement privée de sens, elle appartient à "un domaine partiel de ce qui est doué de sens", ce n'est qu'un contre-sens (*Widersinn*) dans la mesure où sa correction grammaticale n'est pas en cause.

Ainsi, le non-sens pèche contre la syntaxe tandis que le contre-sens ne pèche que contre la logique. A cet égard, les lois logiques visent à éviter le contre-sens, elles définissent une "théorie pure de la validité", mais antérieurement à celles-ci, il faut prendre en considération les règles grammaticales qui ont pour but d'exclure le non-sens ; elles relèvent de ce que Husserl appelle une "grammaire pure logique" ou "morphologie pure des significations".

Or, ainsi que le rappelle encore J.-L. Gardies, l'avertissement de Husserl devait être entendu par les logiciens de l'École de Varsovie, notamment par Lesniewski et, conformément à cet avertissement, Tarski et Ajdukiewicz pourront explorer, de la façon la plus rigoureuse, la notion de "catégorie sémantique" (28). Dès lors, la distinction des règles de formation et des règles de transformation deviendra le présupposé incontournable de toute construction logique.

A cet égard, rappelons qu'un système formel ou système logique est défini par l'assortiment de quatre ensembles : $S = (E, L, A, R)$:

E : ensemble d'éléments

(24) G. Frege, *Begriffsschrift, eine der arithmetischen nachgebildete. Formelesprache des reinen Denkens*, Halle, 1879.

(25) J.-L. Gardies, *Esquisse d'une grammaire pure*, Vrin, 1975, p. 15-16.

(26) J.-L. Gardies, op. cit., p. 15-16.

(27) E. Husserl, *Recherches logiques*, 2e partie, p. 85 à 130.

(28) J.-L. Gardies, op. cit., p. 21-22, 39 et 43.

L : ensemble des formules ou Langage $L \subset E^\circ$ (E° est l'ensemble des séquences finies d'éléments de E).

A : ensemble des axiomes $A \subset L$.

R : ensemble des règles de transformation ou de déduction.

Les théorèmes sont obtenus par l'application d'une ou de plusieurs règles sur un ou plusieurs axiomes.

Cette définition admet implicitement l'existence d'autres règles, antérieures aux règles de transformation, l'ensemble des *règles de formation* qui permet d'obtenir l'ensemble des formules à partir de l'ensemble des éléments. Si on considère un ouvrage comme la *Logique mathématique* de Daniel Ponasse, on s'aperçoit que le logicien commence par se donner un alphabet, c'est-à-dire l'ensemble des symboles utilisés (l'ensemble E) qui comprend trois sortes d'éléments (29) :

1° - Les variables propositionnelles u, v, w, ...

2° - Les connecteurs logiques :

¬ négation

∧ conjonction

∨ disjonction

→ implication

↔ équivalence

3° - Les symboles de ponctuation :

(parenthèse ouverte

) parenthèse fermée

Au moyen de cet alphabet, le logicien construit des "mots" ou "assemblages", c'est-à-dire des suites finies de symboles (qui appartiennent à l'ensemble E° des "séquences finies" de E), par exemple

$(u \rightarrow uv \neg$

est un assemblage. On peut représenter un assemblage quelconque par le métasymbole A_i .

Après s'être donné ces assemblages ou "mots", le logicien les répartit en deux catégories : ceux qui sont bien formés, les formules ou "énonciations", et ceux qui ne sont pas bien formés. Les assemblages bien formés sont définis d'une façon constructive au moyen des *règles de formation*. Dans sa *Logique mathématique*, Daniel Ponasse cite les trois règles de formation suivantes :

1°) A_i est une variable propositionnelle ;

2°) il existe $j < i$ tel que : $A_i = \neg (A_j)$;

3°) il existe $j < i$ et $h < i$ tels que : $A_i = (A_j)k(A_h)$.

Par exemple

u

v

¬(u)

(¬(u)) → (v)

sont des énonciations (30).

Ainsi, les règles de formation n'appartiennent pas au système logique, mais à son méta-système.

(29) D. Ponasse, *Logique mathématique*, O.C.D.L., 1967, p. 11.

(30) D. Ponasse, op. cit., p. 12, 13 et 14.

Or, dans les systèmes juridiques, les règles de création et d'application du droit qui sont pourtant l'équivalent des règles de formation dans les systèmes logiques, font partie intégrante du système juridique, appartiennent à celui-ci et non à son méta-système puisqu'elles sont encore et toujours des normes juridiques. Ainsi, Kelsen a-t-il raison de dire que le langage du droit contient ses propres règles de création et d'application et que cela nous révèle un de ses aspects essentiels.

En outre, l'examen de la grammaire générative de Chomsky nous apprend que le fonctionnement du langage est, sur ce point, analogue à celui des systèmes juridiques. En effet, dans une grammaire générative, les seules règles qui existent sont les *règles de formation*, elles se confondent avec les règles syntaxiques. Ce sont elles qui permettent de passer de l'ensemble E des éléments à l'ensemble L des formules ou langage, c'est-à-dire qui permettent de *dériver* l'ensemble des phrases grammaticales du langage à partir de l'ensemble des éléments de base (la *dérivation* des phrases dans une grammaire générative n'étant rien d'autre que l'obtention du langage par l'application des règles grammaticales sur les éléments de base).

Mais l'application des règles de formation étant analogue à celle des règles de transformation, l'obtention des phrases dans une grammaire correspond non seulement à l'obtention des "formules" ou "énonciations" dans un système logique, mais également à la démonstration des théorèmes dans un tel système. C'est ce qu'avait fort bien vu Rudolph Carnap dès 1934 lorsqu'il jetait un pont entre la logique et la syntaxe : "Il n'y a pas d'autre différence, écrivait-il, entre les règles syntaxiques au sens étroit et les règles de déduction, que celle qui sépare les *règles de formation* des *règles de transformation*, les deux types de règles pouvant être formulées en termes syntaxiques. Ainsi se justifie l'expression de "syntaxe logique" par laquelle nous désignons le système des règles de formation et de transformation" (31).

Ainsi, sur ce point, l'organisation logique des systèmes juridiques se révèle être singulièrement apparentée à celle qui a été détectée par la grammaire générative pour le langage ordinaire. D'ailleurs, le rôle auto-créateur du langage juridique découvert par Kelsen ne se rapproche-t-il pas aussi de "l'aspect créateur" du langage ordinaire mis en lumière par Chomsky ?

Cependant, ce qui rapproche à nouveau incontestablement le système juridique tel que le conçoit Kelsen des systèmes logiques, c'est que le juriste autrichien décrit un édifice parfaitement ordonné au sommet duquel se trouve la Constitution qui joue véritablement son rôle de législation au deuxième degré, de législation de la législation, dans la mesure où elle contient les normes les plus élevées sur la production juridique.

En effet, le rôle qu'attribue ici Kelsen à la Constitution ne pourrait-il pas être rapproché de celui que les logiciens attribuent aux axiomes dans leur tentative d'explicitier au maximum les postulats logiques qui commandent l'armature des édifices mathématiques ? Car, pour détecter et énoncer ces axiomes, les logiciens ont dû faire abstraction du contenu même du discours mathématique. Or, Kelsen a opéré de la même façon en faisant abstraction du contenu du discours juridique pour s'intéresser à la seule forme logique des normes, à leur seul caractère formel ; ainsi que le remarque Albert Brimo,

(31) R. Carnap, *Logische Syntax der Sprache*, Vienne, 1934, cité par Bar-Hillel, dans l'article *Syntaxe logique et Sémantique*, 1954, in *Revue Langages*, n° 2, *Logique et linguistique*, 1966.

Kelsen "s'attachera essentiellement au caractère formel du droit, car les règles de droit n'ont aucun contenu nécessaire, elles peuvent contenir n'importe quel système de valeurs" (32). Dès lors, le rôle de la Constitution dans la pyramide kelsénienne ne pourrait-il pas être rapproché de la tentative de Hilbert d'axiomatiser la géométrie euclidienne ou de celle de Peano d'axiomatiser l'arithmétique naïve ?

Rappelons que, depuis Euclide, les *axiomes* ou postulats sont ces propositions indémontrables que le mathématicien demande qu'on lui accorde. En effet, dans une construction mathématique, toutes les propositions étant déduites les unes des autres, il faut bien admettre des propositions premières non-démonstrées. Mais, le plus souvent, les mathématiciens n'ont pas cherché à découvrir ces axiomes implicites et sous-jacents qui, pourtant, commandent toutes leurs constructions ; Euclide fait ici exception et c'est pourquoi il est considéré comme un précurseur de l'axiomatique. L'Axiomatique essaie précisément de découvrir puis d'énumérer, de façon explicite, tous les axiomes nécessaires et suffisants à une théorie mathématique.

Axiomatiser une théorie mathématique (ou, de façon plus générale, une théorie scientifique) revient donc à l'explicitier au maximum. Mais, les axiomes, propositions premières jamais démontrées, les "indémontrables", reposent eux-mêmes sur des notions premières jamais définies, les "indéfinissables". C'est ainsi que Hilbert a axiomatisé la géométrie d'Euclide en 27 propositions indémontrables qui reposent elles-mêmes essentiellement sur les 3 notions premières de *point*, *droite* et *plan*. Les deux premiers axiomes de cette entreprise dissocient, comme le remarque Robert Blanché, le "théorème d'existence" et le "postulat d'unicité" qui étaient confondus chez Euclide :

1° - Par deux points, il passe une droite ;

2° - Cette droite est unique ;

Or, une réflexion de David Hilbert montre bien que ces notions premières jouent le rôle d'*indéfinissables* et que ces êtres mathématiques qui représentent toutes sortes de choses sont comparables aux pièces du jeu d'échec qui peuvent être en bois, en ivoire, ou en toute autre matière : "Pensons qu'il existe des êtres appelés *points*, des êtres appelés *droites* et des êtres appelés *plans*", écrivait-il dans ses *Grundlagen der Geometrie*, et au cours de conversations, il ajoutait : "au lieu de *points*, *droites*, *plans*, on pourrait dire aussi bien *tables*, *chaises* et *verres de bière*" (33). Peano, de son côté, propose une axiomatisation de l'arithmétique en cinq propositions indémontrables :

1° - Zéro est un nombre ;

2° - Le successeur de tout nombre est un nombre ;

3° - Si deux nombres ont le même successeur, ils sont identiques ;

4° - Zéro n'est le successeur d'aucun nombre ;

5° - Si une propriété appartient à zéro et si, lorsqu'elle appartient à un nombre quelconque, elle appartient aussi à son successeur, alors elle appartient à tous les nombres ;

Les termes premiers sont ici les notions de *zéro*, *nombre*, *successeur*, qui jouent exactement le même rôle que les notions de *point*, *droite*, et

(32) A. Brimo, op. cit., p. 306.

(33) Cité par Gross et Lentin, *Notions sur les grammaires formelles*, Gauthier-Villars, 1967, p. 25.

plan, dans l'axiomatisation hilbertienne de la géométrie d'Euclide. Ces termes premiers, comme le remarque Robert Blanché, sont vidés de tout sens intuitif préalable ; le seul sens qu'ils conservent est uniquement celui qui est défini par leur *emploi* dans les propositions premières (34). C'est pourquoi Michel Combès écrit dans l'arithmétique axiomatisée de Peano "les mots *zéro*, *nombre*, *successeur*, n'ont pas d'autre sens que celui qui est requis solidairement par les cinq axiomes où ils figurent. En sorte qu'il serait au moins aussi indiqué de les rédiger ainsi :

1° - a est un A ;

2° - le ρ de tout A est un A ;

3° - si deux A ont le même ρ , ils sont identiques ;

4° - a n'est le ρ d'aucun A ;

5° - si une propriété appartient à a et si, lorsqu'elle appartient à un A, elle appartient aussi au ρ de cet A, alors elle appartient à tous les A" (35).

Ainsi, les termes premiers d'un système d'axiomes sont indépendants de leur sens intuitif préalable, et ces termes intervenant eux-mêmes dans la constitution des axiomes qui, selon la formule de Robert Blanché, "ne sont pas affirmés à titre de vérités génératrices d'autres vérités, mais simplement posés à titre d'hypothèses" (36), on comprend que Russell ait pu lancer sa célèbre boutade : "Les mathématiques sont une science où l'on ne sait pas de quoi on parle, ni si ce que l'on dit est vrai" (37). Les édifices mathématiques qui reposent sur des axiomes posés à titre d'hypothèses et qui se développent par déduction, constituent des systèmes hypothético-déductifs, ils ont le caractère d'un pur jeu formel.

Or, l'intérêt de cette conception purement formelle des mathématiques est bien d'avoir ouvert la voie à l'axiomatisation et ainsi d'avoir éclairé le fonctionnement de cette "canonique de la pensée" sur laquelle débouche toute construction logique. En effet, les *Éléments* de la géométrie d'Euclide comme ceux de l'arithmétique naïve peuvent déjà être considérés comme la législation respective de ces deux domaines, le géométrique et l'arithmétique. C'est pourquoi les principes proprement mathématiques qui fournissent son contenu au discours mathématique sont véritablement des normes sur la production normative puisqu'ils permettent d'obtenir tous les développements de la géométrie ou de l'arithmétique. Avec Peano et Hilbert, un nouveau pas est franchi. En énonçant explicitement et en ordonnant les principes logiques que requiert leur construction mathématique, ils regroupent ces principes en un système qui gouverne l'armature d'un discours qui est lui-même législation. Ainsi, s'agit-il incontestablement d'une législation au deuxième degré, d'une législation de la législation c'est-à-dire d'une véritable Constitution au sens juridique du terme dans la mesure où celle-ci est l'ensemble des normes les plus élevées sur la production normative.

Par son caractère purement formel, la pyramide kelsénienne des validités au sommet de laquelle se trouve la Constitution, répond parfaitement aux exigences logiques posées par Hilbert et Peano dans leur entreprise d'axiomatisation. Mais, si la Pyramide juridique est parfaitement

(34) R. Blanché, *L'Axiomatique*, P.U.F., 1955, p. 29-30.

(35) M. Combès, *Fondements des mathématiques*, P.U.F., 1971, p. 23 et 59-60.

(36) R. Blanché, op. cit., p. 29.

(37) B. Russell, *Recent works on the principles of mathematics*, The International Monthly, juillet 1901, p. 84.

ordonnée, si chaque règle tire sa validité d'une règle qui lui est supérieure, Kelsen pose la question de savoir d'où la Constitution tire elle-même sa propre validité, et c'est ici qu'intervient l'hypothèse de la *Norme Fondamentale*.

§ 2 - La norme fondamentale

Kelsen répond que la Constitution qui est elle-même -comme toutes les autres normes- une norme simplement *posée*, tire sa validité d'une norme *supposée*, la "constitution originaire hypothétique" ou "norme fondamentale", la *Grundnorm*. En effet, à la différence du *principe de causalité* qui, dans les sciences de la nature, est susceptible d'une régression à l'infini, le *principe d'imputation* qui régit l'univers des normes, doit admettre, selon Kelsen, un principe premier, un point de départ : c'est la norme fondamentale qui joue ce rôle. C'est elle qui fonde la validité de l'ordre juridique tout entier. Albert Brimo voit en elle "*la chiquenaude* qui crée le courant de validité, qui anime l'édifice juridique" (38). L'expression "chiquenaude" est fort bien choisie : on sait qu'elle résume la critique pascalienne du Dieu de Descartes (39) qui, *mutatis mutandis*, convient parfaitement à la "norme fondamentale" de Kelsen. Le Dieu cartésien en effet n'est qu'une hypothèse, il se borne à mettre le monde "en branle" et à garantir la vérité de l'édifice scientifique, de même que chez Kelsen la "norme fondamentale", simple hypothèse, se borne à mettre en mouvement la "mécanique juridique" et à garantir la validité de l'édifice juridique.

Cependant, ce n'est pas par référence à Descartes mais à Kant que Kelsen justifie l'hypothèse de la *Grundnorm* qui est la "condition transcendantale" de la validité des normes juridiques. "La norme fondamentale, écrit le juriste autrichien, permet de reconnaître aux actes la *signification objective* qui concorde avec leur *signification subjective*, c'est-à-dire de leur reconnaître le caractère de normes juridiques objectivement valables ; elle est la condition logique transcendantale de cette interprétation. Cette norme fondamentale a donc pour fonction la validité objective d'un ordre juridique positif, c'est-à-dire de normes posées par des actes de volonté humaine" (40).

Or, si la pyramide kelsénienne peut déjà être considérée comme l'équivalent juridique de l'axiomatisation logique, qu'en est-il de la Norme Fondamentale ? De quelles exigences posées par les logiciens peut-elle se rapprocher, être l'équivalent juridique ?

A ce propos, rappelons que la conception purement formelle des mathématiques devait aboutir à une nouvelle abstraction dans l'explicitation des constructions logico-mathématiques en conduisant de l'axiomatisation qui est la découverte des axiomes à l'*axiomatique* qui en fait la théorie en

(38) A. Brimo, *op. cit.*, p. 308.

(39) Dieu "des philosophes et des savants" que Pascal oppose au Dieu "d'Abraham, d'Isaac et de Jacob".

(40) H. Kelsen, *op. cit.*, p. 267. Souligné pour nous. Les principaux disciples de Kelsen, Kunz (dans son article *La Primauté du droit des gens*, 1925), Verdross (dans son cours consacré au fondement du droit international, 1926) attribuent au droit international une valeur supra-constitutionnelle, ce qui les amène à chercher à ce niveau la manifestation de la norme fondamentale ; ils croient pouvoir la découvrir dans la règle "*pacta sunt servanda*". C'est peut-être la raison pour laquelle Engisch et Tammelo ont objecté à Kelsen que cette norme fondamentale est encore une norme posée.

s'interrogeant sur l'indépendance et la compatibilité des axiomes ainsi que sur la consistance et la complétude du système qu'ils forment. Or, si le passage du discours mathématique c'est-à-dire des principes proprement mathématiques qui lui fournissent son contenu, aux principes logiques c'est-à-dire à l'axiomatisation, marque déjà le passage de la mathématique à la méta-mathématique, le passage de l'axiomatisation à l'axiomatique marque un nouveau passage, celui de la méta-mathématique à ce que l'on appelle la "méta-logique". Pour arriver à la méta-mathématique il avait fallu faire abstraction du contenu du discours mathématique, pour arriver à la méta-logique il fallait maintenant faire abstraction du contenu même des principes logiques. C'est après les années 1920 que commencent à se développer ces recherches méta-logiques avec Post, Hilbert et Ackermann, Gödel.

Or, si la pyramide kelsénienne peut déjà être considérée comme une axiomatisation, comme une législation au deuxième degré, comme une véritable Constitution des édifices juridiques, la Norme Fondamentale évoque invinciblement ici l'axiomatique qui relève du niveau méta-logique. En effet, cette Norme Fondamentale qui, à la différence de toutes les autres normes, n'est pas simplement posée mais supposée, a pour rôle de garantir la validité de l'édifice scientifique : Kelsen voit en elle la "condition logique transcendante" de cette validité (41). Or, à côté de toutes les interprétations qui ont pu être données de la norme fondamentale (42) et de toutes les tentatives pour montrer que cette norme "supposée" était encore une norme "posée" (43), ne peut-on penser que celle-ci répond avant tout aux exigences purement logiques et normatives qui commandent ce que devrait être un système juridique logiquement idéal (44) celui dont toutes les dispositions seraient à la fois indépendantes et compatibles et dont le système qu'elles forment serait lui-même consistant et complet ? Ce qui serait encore une façon de montrer que cette norme "supposée" reste une norme "posée", mais, à la différence des autres tentatives pour opérer la même réduction, celle-ci aurait la particularité de rester sur un terrain strictement logique et normatif tout en rendant compte du caractère "hypothétique", du caractère "transcendantal" de cette norme en renvoyant son contenu à un système d'exigences purement axiomatiques, c'est-à-dire à une architecture fondamentalement méta-logique.

Ajoutons simplement ici -dans le cadre de notre exploration du statut et de la nature des normes décrites par Kelsen- que la norme inférieure est également une norme de premier degré par rapport à la norme supérieure, norme du deuxième degré. Ainsi, si toutes les normes de la dynamique juridique sont véritablement des normes secondaires, il faut entendre cette affirmation dans le sens relatif où chaque norme secondaire peut également être "primaire" par rapport à la norme qui lui est supérieure. Quant à la

(41) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 267, ainsi que notre *Sémiotique juridique*, P.U.F., 1990.

(42) Notamment celle qui y voit une réintroduction en fraude du droit naturel que Kelsen avait voulu exclure.

(43) Notamment celle des deux disciples de Kelsen, Kunz et Verdross qui pensent que le contenu de la norme fondamentale doit être cherché dans certains principes du droit international public.

(44) Système juridique qui ne comporterait, bien sûr, ni lacunes ni contradictions, Voir *infra*, III.

"norme fondamentale", elle fait clairement figure de norme secondaire par excellence, de norme secondaire du plus haut degré (45).

Cette analyse ne fait que confirmer l'idée selon laquelle la norme supérieure de création est également une norme "du deuxième degré" par rapport à la norme inférieure d'application qui a ici le statut de norme "du premier degré" ; elle permet de saisir la notion d'"ordre juridique", de comprendre sa particularité la plus remarquable -sur laquelle Kelsen revient à plusieurs reprises- qui est de régler lui-même sa propre création et sa propre application, car les normes sont, d'un même mouvement, créées et appliquées, et "l'application du droit est en même temps création du droit" (46). Il faut simplement préciser l'optique kelsénienne en ajoutant que les normes de création sont "secondaires" en un double sens : d'abord en tant qu'elles édictent des normes d'application, ensuite en tant qu'elles se réfèrent par définition à des normes primaires de comportement qu'elles ont pour fonction de régir par l'intermédiaire d'ailleurs des normes d'application ; tandis que les normes d'application ne sont "secondaires" qu'en un seul sens dans la mesure où, à la différence des normes de création, elles se réfèrent directement et non plus médiatement (par l'intermédiaire d'autres normes) à des normes primaires de comportement.

Dès lors, s'il apparaît clairement que les normes de la dynamique du droit kelsénienne ont la qualité et le statut de normes secondaires sur la production juridique, de "normes de changement" (dont la fonction est, selon Hart, de permettre la transformation du système juridique), la question se pose de savoir quelles sont, dans la construction kelsénienne toute entière, les normes qui jouent le rôle de normes primaires de comportement ? Il s'agit précisément des normes qui font l'objet de l'autre grand volet de la théorie pure du droit, celles qui relèvent de la statique juridique ainsi que l'a bien mis en lumière Monsieur Gérard Timsit lorsqu'après avoir détecté la "dualité du système normatif", il nous invite à distinguer dans la construction kelsénienne :

1° - un "ordre normatif", qui est un système hiérarchisé d'engendrement, un "système d'archi-normes", c'est-à-dire de normes secondaires sur la production juridique et qui correspond bien sûr à la dynamique juridique ;

2° - un "espace normatif" qui est un ensemble d'appartenance ou d'inclusion de normes dans un ensemble non hiérarchisé de normes primaires qui correspond à la statique juridique (47).

Il nous faut donc vérifier, expérimenter ce statut de normes primaires qui est celui des normes qui relèvent de la statique juridique par rapport aux normes secondaires de la dynamique juridique, en explorant la statique du droit kelsénienne et, d'ores et déjà, on comprend mieux pourquoi nous avons été obligé d'adopter une démarche inverse à celle de Kelsen en examinant la dynamique juridique avant la statique juridique.

(45) Ainsi que le remarque M. Troper (*La Pyramide est toujours debout*, in R.D.P., 1978, p. 1534, note 34) : "La norme fondamentale joue un rôle analogue à celui de la *rule of recognition* ou principe d'identification dans la théorie de Hart".

(46) H. Kelsen, op. cit., p. 315.

(47) G. Timsit, *Thèmes et systèmes de droit*, P.U.F., Les Voies du droit, 1986, p. 16 s.

SECTION II - LA STATIQUE JURIDIQUE

Si, dans l'ordre d'exposition de la théorie pure du droit, la statique juridique précède la dynamique juridique, il n'est pas étonnant que la "révolution kelsénienne" soit effectuée par la première plus encore que par la seconde, dans la mesure où l'on entend par "révolution" l'affirmation constamment répétée par Kelsen qu'il s'agit de renverser et d'inverser la conception classique et traditionnelle du droit. Pour la conception traditionnelle, en effet, le moteur de la vie du droit est la liberté individuelle, la libre détermination du sujet de droit, de l'*homo juridicus* qui, par sa rencontre avec les autres sujets de droit, construit peu à peu l'univers juridique dans sa totalité. Le point de départ de la statique juridique est au contraire la réaffirmation que l'ordre juridique est un ordre de contrainte (48). Le renversement ici est double : il substitue d'une part à l'individu, l'ensemble, le système, l'ordre juridique, d'autre part il substitue à la liberté la contrainte : ce n'est plus l'individu qui compte, mais l'ensemble, le système juridique, ce n'est plus la liberté qui est le moteur de la vie du droit, mais la contrainte organisée par ce système. C'est pourquoi, il apparaîtra manifestement que les normes qui relèvent de la statique juridique sont d'abord et principalement des "normes sur la contrainte".

Dans son exposé de la "statique du droit", Kelsen traite d'abord, après avoir défini la sanction, du délit (c'est le § 27 intitulé *Les sanctions : délit et sanction*), puis de l'*obligationi juridique* et de la *responsabilité* (c'est le titre du § 28). Partant de cette définition de la sanction comme "acte de contrainte prévu par une norme", il pose d'emblée et explicitement que les normes sur la sanction sont les véritables postulats de sa statique juridique. Il effectue ensuite, à propos du délit, le premier renversement par rapport à la théorie classique : alors que pour celle-ci, empreinte de jusnaturalisme, un acte est sanctionné parce qu'il est illicite, Kelsen affirme, dans une perspective strictement positiviste, qu'un acte n'est pas sanctionné parce qu'il est illicite, mais illicite parce que sanctionné. Ainsi, un délit n'est-il rien d'autre qu'un acte qui tombe sous le coup d'une norme sur la sanction. L'obligation juridique est ensuite définie très rigoureusement et négativement comme "la conduite prescrite par une norme qui, à la conduite contraire, attache une sanction", c'est-à-dire comme l'acte dont la conduite contraire est un délit. Ainsi, l'obligation juridique est-elle définie elle aussi, mais négativement, par rapport aux normes sur la sanction. Quant à la responsabilité, elle est le fait d'assumer l'acte contre lequel est dirigée la sanction, c'est-à-dire l'acte visé par une norme sur la sanction (49).

Dans le § 29 qui suit (*Les droits subjectifs : autorisations et habilitations*), Kelsen traite des droits subjectifs. Poursuivant alors son renversement de la conception traditionnelle, il ne voit dans le droit subjectif d'un individu que la contre-partie (le "droit-réflexe" dit le traducteur Charles Eisenmann) de l'obligation juridique d'un autre individu. Il s'agit-ici de la réactualisation (accompagnée toutefois d'une analyse juridique rigoureuse) de la vieille thèse d'Auguste Comte selon qui "l'individu n'a pas de droits, il n'a

(48) "Si l'on conçoit le droit comme un ordre de contrainte, c'est-à-dire comme un ordre qui institue des actes de contrainte..." (H. Kelsen, op. cit., p. 149) : ainsi commence l'exposé de la "statique juridique".

(49) H. Kelsen, op. cit., p. 149-170.

que des devoirs" et de Durkheim qui répète : "le seul droit de l'individu, c'est d'accomplir ses devoirs". La conception traditionnelle qui fait du droit subjectif le principe premier, le point de départ, le *terminus a quo* dont l'obligation juridique ne serait que le point d'arrivée, la conséquence, le *terminus ad quem*, relève, selon Kelsen de la doctrine du droit naturel d'après laquelle il existerait "des droits naturels, innés à l'homme, antérieurs à tout ordre juridique positif" et parmi lesquels "le droit subjectif de propriété individuelle joue un rôle prédominant". Or, le rejet du jusnaturalisme au profit de l'approche positiviste conduit à inverser le schéma traditionnel en plaçant au point de départ l'obligation qui seule a une réalité juridique (puisque sa transgression est sanctionnée par une norme) et au point d'arrivée le droit subjectif qui en est la conséquence. En ce sens, un droit subjectif "présuppose une obligation juridique correspondante, bien plus, il est cette obligation juridique elle-même" (50), et, par voie de conséquence, il se trouve défini lui aussi, indirectement et négativement, par rapport à une norme sur la sanction.

Ainsi, jusqu'à ce point de son développement, Kelsen ne fait intervenir qu'une catégorie homogène de normes, les normes sur la sanction. Mais, il faut préciser qu'il ne s'agit jusque-là que des normes sur la sanction les plus pures, les plus simples (et que nous qualifierons de *simpliciter*) : elles sont du type "le vol est puni d'emprisonnement" et s'opposent aux normes primaires de comportement telles que "Tu ne voleras pas".

Or, poursuivant son exposé sur les droits subjectifs, Kelsen se livre (b - *Droits personnels et droits réels*) à une analyse de ce droit subjectif reconnu primordial dans la conception traditionnelle, le droit de propriété, et arrive à cette conclusion que le droit de propriété n'est pas la simple contrepartie d'obligations que les autres individus auraient à l'égard du titulaire de ce droit, car ce dernier dispose d'un véritable "pouvoir juridique", celui d'exclure tous les autres individus de la disposition d'un certain bien. Et ce pouvoir juridique n'existe véritablement que lorsque l'ordre juridique habilite le titulaire de ce droit à faire valoir, par une action en justice, la violation par autrui de ce droit (51). Précisément, en introduisant cette notion de "pouvoir juridique" qui justifie d'ailleurs le titre du § 29 (*Les droits subjectifs : autorisations et habilitations*), Kelsen fait intervenir une catégorie de normes quelque peu différente de celle qu'il avait décrite jusqu'alors. En effet, il ne s'agit plus de normes sur la sanction pures et simples (*simpliciter*), mais de normes sur la sanction plus complexes (que l'on pourrait qualifier de *secundum quid*) dans la mesure où elles ont pour fonction de mettre en œuvre et d'appliquer les premières en habilitant certains individus à déclarer, en suivant une procédure établie, qu'une règle primaire a été transgressée, en habilitant d'autres individus à déterminer, toujours suivant une procédure établie, si c'est bien le cas : ces "normes sur la sanction *secundum quid*" qui ont donc pour but de permettre l'application des "normes sur la sanction *simpliciter*" sont aussi des normes d'habilitation, des normes de procédure et d'application du droit. Dès lors, il apparaît que les normes sur la sanction proprement dites (*simpliciter*) qui sont des normes du deuxième degré par rapport aux normes de comportement, sont aussi des normes du premier degré par rapport aux normes d'habilitation et d'application (ici normes sur la sanction *secundum quid*) ; partant, il apparaît d'ores et déjà que la typologie

(50) H. Kelsen, op. cit., p. 175-176.

(51) H. Kelsen, op. cit., p. 179.

de Hart aussi bien que celle de Bobbio qui met sur le même plan trois sortes de normes secondaires (normes d'identification, normes sur la production juridique, normes sur la sanction), doit être revue et reconsidérée dans la mesure où cette typologie ne prévoit pas que certaines de ces normes secondaires peuvent elles-mêmes avoir le statut de normes primaires par rapport à d'autres normes appartenant à la même catégorie préalablement constituée.

Dans la suite de son exposé (et notamment en d - *Le droit subjectif en tant que pouvoir juridique*) Kelsen précise et commente la notion de "pouvoir juridique" qu'il vient d'introduire. Comme il l'a déjà fait au sujet du droit de propriété, il reconnaît le critère de ce pouvoir "lorsque, parmi les conditions de la sanction qui fonde une obligation juridique, figure une action en justice tendant à obtenir la réalisation de la sanction". La seule réalité positive du droit subjectif (puisque sa réalité négative est d'être la contrepartie d'une obligation) réside précisément dans ce "pouvoir juridique de faire valoir l'inexécution d'une obligation juridique". A telle enseigne que ce droit subjectif (comme l'obligation juridique) est une norme juridique : celle qui habilite un individu déterminé, l'habilitation n'étant rien d'autre que "le pouvoir juridique conféré par l'ordre juridique à un individu" (52).

Ayant ainsi introduit la notion de "pouvoir juridique" à partir du cas particulier du droit subjectif, Kelsen veut ensuite élargir son point de vue en abordant dans le § 30 *La capacité d'action ; la compétence : la qualité d'organe*. La capacité d'action "est avant tout la capacité de faire des actes juridiques infra-législatifs, tels que conventions, testament, adoption, etc.", mais l'on peut également y faire rentrer la capacité d'introduire, de mettre en mouvement ou d'influencer la procédure juridictionnelle : il s'agit de la "capacité processuelle ou procédurale" qui est "un pouvoir conféré par l'ordre juridique de concourir à la création des normes juridiques individuelles que posent les décisions juridictionnelles". Quant à la capacité d'action proprement dite, elle est la capacité de créer les normes juridiques infra-législatives à partir desquelles s'établissent les obligations juridiques et les droits subjectifs, comme le fait apparaître l'examen de "l'acte juridique-type de cette catégorie, c'est-à-dire le contrat", car en habilitant les individus à conclure des contrats, l'ordre juridique leur donne le pouvoir juridique "de faire valoir l'inexécution des obligations statuées par contrat... au moyen d'actions en justice". La capacité d'action est donc "un authentique pouvoir juridique, celui de créer des normes juridiques infra-législatives, conformément à l'habilitation donnée à cette fin par l'ordre juridique" (53).

Kelsen termine alors son exposé de la statique juridique en poursuivant la critique des autres concepts utilisés par la doctrine traditionnelle : *La capacité de droit, La représentation* (§ 31), *Le rapport de droit* (§ 32), *Le sujet de droit, La personne* (§ 33) (54). Cependant, ces différents concepts étant dans le prolongement de ceux qu'il vient d'examiner après avoir introduit la notion de "pouvoir juridique", il ne fait pas intervenir de normes d'un type ou d'un statut différents de ceux décrits depuis lors, et l'on peut donc s'arrêter à cette étape du développement de la statique juridique pour nous interroger sur

(52) H. Kelsen, op. cit., p. 181-183.

(53) H. Kelsen, op. cit., p. 196-198.

(54) Le concept de "personne juridique" par exemple n'est pas nécessaire dans la description du droit, mais celle-ci peut s'en servir à titre de "concept auxiliaire" (op. cit., p. 251).

la nature et le statut des normes étudiées par Kelsen après l'introduction de la notion de "pouvoir juridique".

Il apparaît alors clairement que les normes dont il s'agit sont principalement des normes secondaires d'habilitation, d'attribution de pouvoir, de compétence, c'est-à-dire des normes d'engendrement, de production juridique, et l'on pourrait dénoncer cette inconséquence du juriste autrichien de faire intervenir dans sa statique juridique des normes qui devraient relever exclusivement de la dynamique juridique. A notre avis, il y a là dans la construction kelsénienne, au sens très exact du terme, une *faille* par laquelle risquent de s'engouffrer, en commençant par les normes infra-législatives, les normes juridiques générales elles-mêmes, et, avec celles-ci, c'est toute la dynamique juridique qui risque d'être absorbée par la statique juridique. D'ailleurs, n'avons-nous pas déjà rencontré, dans l'exposition de la statique juridique, l'ébauche d'une "construction par degrés" lorsque nous avons dû faire intervenir ces "normes sur la sanction *secundum quid*" dont la fonction est de mettre en œuvre et d'appliquer les "normes sur la sanction *simpliciter*" ? Kelsen lui-même, au cœur de sa statique juridique, n'a-t-il pas été obligé d'employer les expressions de "pouvoir juridique", d'"autorisations", d'"habilitations", d'"attributions de pouvoirs" qui toutes renvoient, en dernier ressort, à l'existence de normes de compétence -normes du deuxième degré- dont la fonction est de mettre en œuvre des normes du premier degré, d'en permettre la création ou l'application ? Ce qui veut dire qu'apparaît à nouveau, au cœur même de la statique juridique, une autre "construction par degrés". Or, les normes qui sont les chevilles-ouvrières de ces deux constructions par degrés que Kelsen a été obligé d'introduire en fraude dans la statique juridique, qu'il s'agisse des normes que nous avons appelées "normes sur la sanction *secundum quid*" ou des normes de compétence, d'attribution de pouvoirs, toutes ces normes sont à la fois des normes secondaires de création, de production juridique et des normes secondaires d'application du droit. Remarquons ici que sur la nature des normes d'application du droit, une petite divergence se fait jour entre les conceptions de Bobbio et de Hart. Selon Hart, en effet, les normes d'application relèvent de la catégorie des normes sur la sanction ("normes de décision" suivant sa terminologie) -ce qui justifie l'expression que nous avons employée de "normes sur la sanction *secundum quid*"- tandis que pour Bobbio les normes d'application sont des *normes d'identification*, mais il est vrai que ces dernières ont un caractère polyvalent et que Bobbio et Hart s'accordent encore sur cette idée que les normes sur la sanction comme les normes de production juridique présupposent au moins une référence aux normes d'identification, c'est la raison pour laquelle Bobbio qualifie celles-ci de "normes préliminaires".

D'ailleurs, examinant la notion de *compétence* (qui ne se distingue pas de celle d'habilitation, d'attribution de pouvoirs par l'ordre juridique), Kelsen ne fait que confirmer sa précédente analyse de la "capacité d'action" comme capacité à créer des actes juridiques infra-législatifs, puisqu'il dénonce à nouveau la conception traditionnelle qui entend réserver les termes de "compétence" ou "attribution de pouvoirs" à certains "organes de la collectivité (tribunaux et autorités administratives)", à l'exclusion des pouvoirs juridiques "conférés aux personnes privées". Or, "le contenu de la fonction est exactement le même dans les deux cas : à avoir la création de normes juridiques" (et, pour les personnes privées, il ne s'agit pas seulement de normes

juridiques individuelles). Ainsi, tout individu de la collectivité peut-il être revêtu d'une certaine compétence et être qualifié d'"organe juridique", "exactement dans le même sens où le législateur, le juge ou l'agent administratif, sont qualifiés d'organes". Pour Kelsen en effet, apparaît comme organe juridique "tout individu qui remplit une fonction juridique" (55). Le juriste autrichien retrouve encore ici, sur le terrain juridique, la vieille thèse de Durkheim selon laquelle chaque individu remplissant une fonction sociale, tous les individus sont les "fonctionnaires de la société". D'ailleurs, sa conception de la création juridique, de la compétence, de l'organe, qui se trouve élargie aux individus évoque irrésistiblement la théorie de l'institution défendue en France, à la même époque, par Hauriou et ses disciples directs, Georges Renard et Bernard Gény auteur d'une thèse sur "La collaboration des particuliers avec l'Administration" (56). Or, si l'analyse de Kelsen s'accorde ici avec la théorie institutionnelle, c'est que l'Institution définie de façon strictement juridique n'est rien d'autre qu'un complexe de normes de valeur et de statuts différents mais agencées en un système ayant sa logique propre. Ce qui veut dire que toute institution résulte de l'articulation d'un certain nombre de normes primaires et secondaires et forme ce que l'on peut appeler, à la suite de Noberto Bobbio, un "système normatif complexe". Ainsi, la statique juridique définit-elle dans l'ordre juridique, à un moment donné -et bien que Kelsen ne s'exprime pas de cette façon- *l'ensemble des institutions* en vigueur. Ces institutions ne font en effet que découper certaines configurations dans un ensemble de normes préétabli de valeur et de statut multiple dont Kelsen a fait la base de l'ordre juridique au bénéfice d'une réinterprétation des concepts de la doctrine classique. Même si les normes sur la sanction sont les postulats de la statique du droit kelsénienne, dans chaque institution peuvent se rencontrer aussi bien des normes sur la sanction que des normes primaires de comportement (pour Kelsen d'ailleurs, les normes d'obligation ne sont que des normes dérivées des normes sur la sanction), aussi bien des normes d'application du droit ou de procédure que des normes de compétence, aussi bien enfin des normes d'identification que des normes sur la production juridique. Ainsi, la dynamique juridique est-elle bien absorbée par la statique juridique. Certes, le Professeur Michel Troper a rappelé que théorie statique et théorie dynamique du droit n'étaient pas "deux théories relatives à deux objets différents", mais simplement "deux points de vue", "deux manières d'appréhender l'ordre juridique" (57). Dans ce cas, nous dirons alors que le point de vue dynamique s'évanouit dans le point de vue statique et que, si "la pyramide est toujours debout" elle s'est en fait éparpillée et émiettée dans la statique juridique en une multiplicité de pyramides dont chacune correspond à une institution c'est-à-dire à un sous-système du système juridique. Ainsi, on ne peut reconnaître, avec le Professeur Timsit la "dualité de l'ordre normatif", mais au contraire sa profonde unité qui provient de la diversité et de la pluralité des institutions qu'il rassemble, puisqu'à l'image de la Cité chez Aristote ou chez Saint-Thomas d'Aquin, l'ordre juridique n'est que l'unité d'une multiplicité.

Ainsi la théorie pure du droit et notamment sa partie centrale, le dptyque "dynamique du droit" -"statique du droit", nous offre-t-elle une

(55) H. Kelsen, op. cit., p. 197-205.

(56) B. Gény, op. cit., Sirey, 1930.

(57) M. Troper, *La Pyramide est toujours debout*, in R.D.P., 1978, p. 1528.

remarquable tentative d'ontogénèse des concepts juridiques- ou plutôt, comme il s'agit de normes, c'est-à-dire non pas de *ce qui est* mais de *ce qui doit être*, une remarquable déontogénèse de ces concepts. Celle-ci peut être qualifiée de "synthétique", de "gestaltiste" ou de "holiste", dans la mesure où, à la différence de la déontogénèse analytique et atomistique de la doctrine traditionnelle, elle affirme le primat du tout sur la partie, de l'ensemble sur l'élément. En outre, Kelsen montre parfaitement que la doctrine traditionnelle se trompe encore une fois lorsqu'il s'agit de reconnaître l'élément ultime de la construction, celui-ci n'étant ni le sujet de droit, ni la volonté individuelle, ni le droit subjectif, mais la norme juridique. Cependant, la reconnaissance de l'ordre juridique comme un ensemble d'institutions nous permet de rejeter aussi bien le holisme kelsénien que l'atomisme de la doctrine traditionnelle au profit d'une dialectique constructive du tout et des parties dont le moteur réside précisément dans la notion d'institution.

En outre, le holisme kelsénien présente également l'insuffisance de conclure trop vite à la complétude et à la cohérence de l'ordre juridique en résolvant de façon téméraire le problème des lacunes dans le droit et des conflits de normes.

III - COMPLÉTUDE ET COHÉRENCE DE L'ORDRE JURIDIQUE SELON KELSEN ?

C'est à partir des notions de "l'auto-crédation" et de "l'auto-régulation" du droit, c'est-à-dire de sa particularité "de régler lui-même sa propre création et sa propre application", que Kelsen peut apporter une réponse à deux problèmes juridiques essentiels qui sont d'ailleurs liés : celui des *conflits de normes* et celui des *lacunes dans le droit*.

En ce qui concerne les "conflits de normes", Kelsen distingue ceux qui peuvent surgir *entre normes de même degré* et ceux qui peuvent surgir *entre normes de degré différent* (58).

Si le conflit surgit *entre normes de même degré*, la norme la plus récente annule la norme la plus ancienne en vertu du principe *lex posterior derogat priori*. Si les deux normes ont été *posées en même temps*, ou bien le conflit sera résolu par les organes chargés d'appliquer la loi (les tribunaux par exemple), ou bien il ne s'agit que d'un conflit apparent, les deux normes ne se contredisant que partiellement, l'une venant seulement limiter la validité de l'autre (59). Si deux normes étaient contradictoires, en effet, le législateur aurait prescrit quelque chose d'absurde, quelque chose qui serait dépourvue de signification ; l'une des deux normes n'aurait pas de *sens objectif*, elle serait même, suivant la terminologie des logiciens, un "non-sens".

Si le conflit surgit *entre normes de degré différent*, il ne peut s'agir, là encore, que d'un conflit apparent, la norme de degré inférieur ne tenant sa validité que de la norme de degré supérieur : "entre une norme de degré supérieur et une norme de degré inférieur, c'est-à-dire entre une norme qui

(58) H. Kelsen, op. cit., p. 275.

(59) H. Kelsen, op. cit., p. 276. L'auteur précise : "La proposition qui décrit le droit ne dit pas : si quelqu'un commet l'adultère, il doit être puni *et* il ne doit pas être puni, mais il doit être puni *ou* ne pas être puni".

régit la création d'une autre et cette dernière, il ne peut pas exister de conflit, puisque c'est la norme du degré supérieur qui est le fondement de la validité de la norme du degré inférieur" (60). Ainsi, en vertu de la formation du droit par étages (dont rend compte la *Stufenbautheorie*), il ne peut y avoir d'actes juridiques "irréguliers" ni de décisions juridictionnelles "illégalés" pas plus que de lois "inconstitutionnelles". Un acte juridique "irrégulier" n'est pas un acte juridique ; une décision juridictionnelle "illégalée" n'est pas une décision juridictionnelle, et une loi "inconstitutionnelle" n'est pas une loi du tout. D'une façon générale, "il ne peut y avoir de normes contraires à des normes, des normes de droit contraires au droit" (61). Une norme ne peut être que conforme à la norme supérieure qui règle sa création, sinon elle ne serait pas une norme du tout. A cet égard, une décision juridictionnelle n'est pas *nulle* - même si plus tard elle est reconnue contraire au droit- elle est simplement *annulable*, elle demeure valable jusqu'à ce qu'elle soit annulée par l'instance supérieure ; le fondement de son *annulabilité* n'est pas son *irrégularité*, mais ce que l'on pourrait appeler sa *validité provisoire*, c'est-à-dire "la possibilité de l'amener à la *validité définitive* par une procédure prévue par l'ordre juridique à cette fin" (62). De même, une loi "inconstitutionnelle" serait, dit Kelsen, une *contradictio in adjecto*, car une loi ne peut être valable qu'en vertu de la Constitution. Une loi non valable n'est pas du tout une loi, juridiquement elle n'existe pas. Si on veut conserver un sens à l'expression "loi inconstitutionnelle" dont use la doctrine, "il faut l'entendre comme signifiant que, selon la Constitution, la loi en question peut être abrogée (ou annulée), non seulement par la procédure habituelle, c'est-à-dire par une autre loi, en vertu du principe *lex posterior derogat priori*, mais également par une procédure particulière prévue par la Constitution" (63). Ainsi, au sein de l'ordre juridique, la nullité n'existe pas : les normes ne peuvent être nulles, elles peuvent seulement être annulables, mais cette annulabilité prévue par l'ordre juridique peut présenter divers degrés. Il existe même le cas limite où "un ordre juridique peut autoriser tout individu affecté par une norme prétendue juridique à la déclarer nulle, c'est-à-dire à l'annuler avec effet rétroactif. C'est là le plus haut degré d'annulabilité, que l'on *qualifie habituellement de nullité*" (64). Cette absence, cette impossibilité de la nullité des normes confirme bien l'idée directrice de Kelsen suivant laquelle un "conflit de normes" serait une *contradictio in adjecto*.

Au problème du "conflit de normes" est lié celui des "lacunes dans le droit". En effet, dans la perspective de la doctrine traditionnelle, le droit s'arrêterait pour ainsi dire de fonctionner soit à cause d'une norme qui serait de trop (conflit de normes) soit à cause d'une norme qui manquerait, qui ferait défaut (lacune dans le droit) - le "trop plein" ou le "vide" de normes seraient les deux limites de fonctionnement du droit.

La doctrine traditionnelle prétend qu'il y a "lacune dans le droit", lorsque, dans un cas concret, le droit n'est pas susceptible d'être appliqué, faute d'une norme générale qui s'y rapporte. C'est oublier, dit Kelsen, le grand principe suivant lequel "tout ce qui n'est pas interdit est permis" et que, de la

(60) H. Kelsen, op. cit., p. 278.

(61) H. Kelsen, op. cit., p. 356.

(62) H. Kelsen, op. cit., p. 358. Souligné par nous.

(63) H. Kelsen, op. cit., p. 360.

(64) H. Kelsen, op. cit., p.132.

sorte, si l'ordre juridique ne permet pas de régler ce problème de façon positive, en revanche, il donne les moyens de le régler de façon négative. C'est en vain que la doctrine traditionnelle distingue les "lacunes authentiques" et les "lacunes simplement techniques". Les "lacunes authentiques" ne sont en fait qu'une "discordance entre un droit positif et un droit idéal ou souhaité". Quant aux "lacunes techniques", si elles ne se ramènent pas aux premières, elles s'expliquent par le caractère général et impersonnel de la norme : cette dernière est un "cadre", elle doit être appliquée aux cas concrets, et c'est là le rôle du juge (65).

Ainsi, dans cette perspective, il ne saurait y avoir, dans le droit, ni lacune, ni contradiction, ni nullité. Dès qu'une norme existe, elle est valide : "par validité, écrit Kelsen, nous entendons le mode d'existence spécifique des normes" (66). Car toutes les normes sont valides, même si elles ne le sont pas toutes au même degré.

Kelsen est le juriste qui a voulu supprimer au maximum la *négativité* dans le droit, représentée par la contradiction, la lacune, la non-validité ou nullité des normes. Il est le juriste de la *positivité* absolue du droit, c'est-à-dire de sa validité.

A cet égard, c'est du spinozisme que la philosophie juridique de Kelsen se rapprocherait le plus. Jean Lacroix a montré (67) que Spinoza est le philosophe qui a voulu supprimer radicalement la *négativité* représentée par l'erreur dans la connaissance, par le mal dans l'action. Le spinozisme se meut dans une ambiance d'affirmation plénière ; c'est une philosophie de la *positivité* radicale de l'esprit humain - la seule philosophie pouvant lui être comparée sur ce point étant le positivisme d'Auguste Comte. C'est pourquoi, la philosophie n'est pas "recherche *de la Vérité*", une telle expression n'aurait pas de sens chez Spinoza, mais "recherche *dans la Vérité*".

Il est facile de transposer cette analyse à la philosophie juridique de Kelsen qui se meut, elle aussi, dans une ambiance d'affirmation plénière. Pour Kelsen, l'activité du juriste (tant praticien que théoricien) n'est pas une "recherche *de la validité*", expression qui là encore n'aurait pas grand sens, elle est d'emblée une "recherche *dans la validité*".

La "théorie pure du droit" contient cette affirmation de la positivité absolue du système juridique ; elle se rattache au *positivisme* d'Auguste Comte, dans le premier sens du terme : le refus de la négativité.

Cependant, dans cette perspective, Kelsen n'a-t-il pas tendance à considérer, de façon téméraire, comme résolus les deux problèmes juridiques essentiels que posent les "conflits de normes" et les "lacunes dans le droit", beaucoup plus qu'il ne les résout vraiment ?

Dans la perspective kelsénienne, un "conflit de normes" étant tout aussi impossible qu'une "lacune dans le droit", le système juridique peut être qualifié à la fois de "cohérent" (ou "non-contradictoire") et de "complet". Peut-on rapprocher cette "cohérence" et cette "complétude" du système juridique des notions de "cohérence" et de "complétude" mises en œuvre par les systèmes logico-mathématiques ?

Nous avons vu que chez Kelsen c'est la même nécessité interne du système juridique qui rend impossible un "conflit de normes" tout autant

(65) H. Kelsen, op. cit., p. 332-334.

(66) H. Kelsen, op. cit., p. 13.

(67) J. Lacroix, *Spinoza et le problème du salut*, P.U.F., 1970.

qu'une "lacune dans le droit" ; ce qui revient à dire que, dans le système juridique, "cohérence" et "complétude" sont liées. Or, nous savons qu'il en va de même pour les systèmes logiques : "cohérence" et "complétude" sont liées, et sont même en situation de réciprocité. C'est ainsi que dans sa *Logique mathématique* (O.C.D.L., Paris, 1967), Daniel Ponasse, après avoir énoncé, pour le "Calcul des Propositions", le *premier théorème de compatibilité sémantique* (qui est le *théorème de cohérence ou non-contradiction*) :

"Tout énoncé démontrable est universellement valide" peut noter que "la réciproque de ce théorème constitue le *théorème de complétude sémantique*" qu'il énonce d'ailleurs ainsi :

"Tout énoncé universellement valide est un énoncé démontrable" (68).

De même, il existe un rapport étroit entre le *théorème de cohérence syntaxique* (ou *compatibilité syntaxique*) :

"Il n'existe pas d'énoncé A tel que $A \in T$ (ensemble des énoncés démontrables) et $\sim A \in T$ "

et le *théorème de complétude syntaxique* :

"Si $A \notin T$, alors $\Sigma(A)$ est un ensemble incompatible" (69).

On peut donner de ce *théorème de complétude syntaxique* (ou *théorème de saturation*) l'interprétation suivante :

Soit S un *système formel*, f une *formule* (ou *assemblage de symboles bien formé*) :

- si f est démontrable, le système l'accepte comme nouvel axiome sans devenir contradictoire (le système devient seulement redondant) ;

- si f est réfutable ou indécidable, le système ne l'accepte pas comme nouvel axiome, il devient contradictoire, c'est-à-dire que l'on peut y démontrer comme *théorèmes* à la fois A et sa négation $\neg A$; on dit alors que le système est *saturé*.

Essayons de traduire dans ce langage logico-mathématique les idées de Kelsen. Dire, avec le célèbre juriste autrichien, qu'il ne peut y avoir d'actes juridiques "irréguliers", ni de décisions juridictionnelles "illégales", pas plus que de lois "inconstitutionnelles", affirmer qu'il "ne peut y avoir de normes contraires à des normes, des normes de droit contraires au droit", revient à dire que toute norme peut être acceptée par le système juridique, que toute norme est "démontrable". Ainsi, le système juridique tel que le conçoit Kelsen est semblable à un système logique qui serait *redondant* et qui ne serait jamais *saturé*, quelque soit le nombre de formules nouvelles que l'on y introduirait.

Or, force est de constater que la vie juridique d'une part met parfois en œuvre des normes *réfutables*, des actes juridiques irréguliers et que, d'autre part, elle appelle souvent à l'existence des normes dont on ne peut dire si elles sont juridiques ou non, si elles appartiennent à l'ordre juridique ou non, si elles sont *démonstrables* ou non. Ce n'est donc qu'en un sens tout à fait métaphorique que l'on peut parler chez Kelsen d'un système juridique cohérent et complet, au sens de la "cohérence" et de la "complétude" des systèmes logico-mathématiques.

Il est clair en effet que Kelsen ne répond pas véritablement aux problèmes des "conflits de normes" et des "lacunes dans le droit" comme le montre la conception même qu'il se fait de la *validité des normes*. Nous

(68) D. Ponasse, *Logique mathématique*, O.C.D.L., Paris, 1967, p. 47 et 80.

(69) D. Ponasse, op. cit., p. 48 et 84.

savons que, selon Kelsen, "il ne peut y avoir de normes contraires à des normes, des normes de droit contraires au droit", autrement dit, une norme est valide ou elle n'est pas, une norme invalide, nulle, serait une *contradictio in adjecto*. Ainsi, une décision juridictionnelle n'est pas *nulle* -même si plus tard elle est reconnue contraire au droit- elle est seulement *annulable* ; une loi n'est pas *inconstitutionnelle* -même si plus tard elle est reconnue contraire à la Constitution- elle est seulement, elle aussi, *annulable*. Or, si, dans cette perspective, il n'y a pas de normes *nulles* mais seulement des normes *annulables*, force est d'admettre *a contrario* qu'il n'y a pas de normes *valides* mais seulement -si l'on peut se permettre cette expression- des normes *validables*. D'ailleurs Kelsen lui-même reconnaît bien que le fondement de l'*annulabilité* d'une norme n'est pas son *irrégularité*, mais "la possibilité de l'amener à la *validité définitive* par une procédure prévue par l'ordre juridique à cette fin" (70). Autrement dit, contrairement à l'affirmation de Kelsen, ce qui caractérise l'existence des normes, ce n'est pas leur *validité proprement dite*, mais seulement ce que l'on pourrait appeler leur *validité provisoire*. De même, lorsque le célèbre juriste autrichien affirme que l'*annulabilité* prévue par l'ordre juridique peut présenter divers degrés, on pourrait lui faire remarquer qu'il en va de même, *a contrario* pour la *validité* prévue par l'ordre juridique, validité qui peut présenter elle aussi divers degrés.

Or, les affirmations kelseniennes concernant la complétude et la cohérence du système juridique peuvent encore être réfutées d'un point de vue strictement logique si l'on se réfère à la "théorie des types ramifiée" de Russell qui ne prend tout son sens que dans l'entreprise logiciste qui vise à ramener les mathématiques à la logique.

Déjà, le logicien Dedekind qui avait proposé lui aussi, avant Peano, dès 1887, une axiomatisation de l'arithmétique, s'était efforcé de définir de façon purement logique les termes premiers, et de déduire ainsi l'arithmétique de la logique. Ce programme, Russell devait le reprendre dans toute son ampleur, en essayant, dit Robert Blanché, de donner un sens plein aux termes premiers et de conférer une vérité catégorique aux propositions premières (71). Tous les théorèmes mathématiques doivent se ramener aux propositions premières de la logique, et tous les termes "indéfinissables" doivent se ramener aux notions premières de la logique. Dans ses *Principles of Mathematics* (1903), Russell, ainsi que le rappelle Michel Combès, énonce 20 propositions premières de logique dans lesquelles interviennent sept notions premières de logique qui sont les suivantes (72) :

- 1 - Notion de vérité.
- 2 - Notion de relation.
- 3 - Notion d'appartenance d'un objet à une classe.
- 4 - Notion de fonction propositionnelle.
- 5 - Notion de satisfaction d'une fonction propositionnelle par des objets.
- 6 - Notion d'implication matérielle.
- 7 - Notion d'implication formelle.

(70) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduction Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 358., Souligné par nous. Voir *supra*.

(71) R. Blanché, op. cit., p. 62.

(72) M. Combès, op. cit., p. 24-25.

Au moyen de ces principes logiques fondamentaux, Russell entend définir les trois termes premiers -les trois "indéfinissables"- de Peano : *zéro*, *nombre*, *successeur*. Ainsi, comme le remarque Robert Blanché, les notions d'indéfinissable et d'indémontrable doivent être entendues en un sens relatif, car elles peuvent toujours faire l'objet d'une définition ou d'une démonstration si l'on modifie convenablement les bases du système (73) ou si on les englobe -comme c'est le cas ici- dans un système plus général qui les comprenne sans réciprocity. Or, non seulement les principes fondamentaux de Russell sont plus généraux et plus simples (74) que ceux de Peano, mais ils possèdent un sens plein et une vérité absolue : les notions premières ont ici un sens, les axiomes une vérité catégorique qui se propagent par les définitions et les démonstrations jusqu'aux termes dérivés et aux théorèmes. Pour Russell, et contrairement à sa célèbre boutade, les mathématiques redeviennent une science où l'on sait de quoi on parle et que ce que l'on dit est vrai, elles redeviennent -comme elles n'avaient jamais cessé de l'être depuis Euclide jusqu'à Leibniz- "catégorico-déductives", et réconcilient ainsi la vérité et le système (75).

Mais Russell avait voulu étendre sa réduction logiciste à la théorie des ensembles qui avait été lancée vers 1880 par Cantor et qui, reconnue comme la théorie la plus générale des mathématiques, semblait devoir leur donner un fondement inébranlable. Cependant, le jeune Bertrand Russell lui-même avait opéré la première grande révélation des antinomies en adressant à Frege, au moment même où il terminait le second volume de ses *Grundsätze der Arithmetik*, une lettre dans laquelle il formulait le paradoxe de "la classe des classes qui ne sont pas éléments d'elles-mêmes". Or, il s'avérait que la théorie des ensembles tombait elle-même sous le coup du "paradoxe de Russell", celui de "l'ensemble des ensembles qui ne se contiennent pas eux-mêmes". En effet, si cet ensemble ne se contient pas, il est un des ensembles qui ne se contiennent pas, donc il se contient. Inversement, s'il se contient, il n'est pas un des ensembles qui ne se contiennent pas, donc il ne se contient pas. Ce paradoxe nous enferme dans un cercle vicieux analogue à celui dans lequel nous enferme le vieux paradoxe du "menteur" qui dit "je mens" : s'il ment, il ne ment pas, et s'il ne ment pas, il ment.

C'est pour répondre à ces paradoxes que Russell devait édifier la "théorie des types ramifiée". Cette théorie consiste à diviser l'univers du discours en différents types, en différents niveaux de langage :

- les classes de type 0 sont constituées par les objets (signes de type 0) ;
- les classes de type 1 sont constituées par les signes de type 1 qui renvoient aux signes de type 0 ;
- les classes de type 2 sont constituées pour les signes de type 2 qui renvoient aux signes de type 1 ; etc...

Ainsi, chaque niveau apparaît-il comme la métalangue du niveau inférieur, et une classe ne peut se contenir elle-même puisqu'elle est forcément d'un type supérieur à celui de ses éléments. Il en résulte que le paradoxe de Russell est éliminé. On ne peut donc définir un objet par

(73) R. Blanché, op. cit., p. 27.

(74) Dans *La logique et son histoire* (A. Colin, 1970), R. Blanché écrit : "Une notion est logiquement plus simple qu'une autre quand elle la comprend sans réciprocity" (p. 297).

(75) R. Blanché, op. cit., p. 62.

référence à la totalité dont il fait partie, c'est-à-dire au moyen de la classe à laquelle il appartient. Le paradoxe du menteur réside dans la définition de l'assertion "je mens", à partir de la totalité des assertions du menteur. Or, la théorie des types nous montre que l'assertion "je mens" n'appartient pas au langage du menteur, mais à son méta-langage. Cette théorie met en lumière la distinction des différents niveaux du langage.

Elle permet notamment d'introduire une distinction entre la *description sémantique* qui s'effectue par des signes de même niveau que le signe à définir (comme c'est le cas dans les dictionnaires qui ne sont à cet égard que de remarquables modèles de cercles vicieux), et la *description grammaticale* qui s'effectue par des signes appartenant à un niveau différent de celui du signe à définir. C'est pourquoi, Jean-Louis Gardies peut remarquer que la théorie des types ramifiée de Russell "se présente précisément comme un ensemble de règles grammaticales, si bien que c'est au moins autant à Russell qu'à Husserl qu'il faut imputer le retour en force de la grammaire à l'intérieur de la logique moderne" (76). Dans le domaine juridique, toute l'ambition de la théorie pure du droit de Kelsen est précisément d'arriver à une "description grammaticale" du langage du droit, c'est-à-dire arriver à construire une métalangue du langage du droit - la description grammaticale voulant être ici une description méta-juridique puisque la distinction préliminaire qui prétend commander toute la théorie pure du droit est celle du *droit* et de la *science du droit*, des *règles de droit* et des *propositions de droit*, de la *fonction de volonté* et de la *fonction de connaissance* - distinction qui finalement n'est rien d'autre que celle de la *langue du droit* et de sa *métalangue*.

Or, comme l'ont montré Paul Amselek (77) et Georges Kalinowski (78), Kelsen n'a pu purifier jusqu'au bout sa "théorie pure du droit" : il a laissé subsister des éléments normatifs, et ainsi a élaboré une science qui édicte des normes tout autant qu'une science qui étudie les normes, qui a les normes pour objet. Ainsi, Amselek montre que Kelsen ne tient pas ses promesses, que la théorie pure du droit s'occupe de la validité des normes juridiques. Comme l'écrit Georges Kalinowski : "Amselek reproche à Kelsen de ne pas opérer la réduction phénoménologique la plus importante, celle notamment qui met entre parenthèses l'existence, c'est-à-dire, en d'autres termes, la validité des normes juridiques". C'est pourquoi, Kelsen n'a pas construit "une science juridique purement descriptive", mais au contraire "une science des normes juridiques valides, ce par quoi il manque à la pureté à la fois phénoménologique et descriptive de la science du droit" (79). En d'autres termes, toute l'ambition de la théorie pure du droit est de donner une description méta-juridique du droit, de construire une métalangue du droit. Or, Kelsen ne peut réaliser cette ambition dans la mesure où sa description méta-juridique est encore une description juridique, dans la mesure où sa métalangue du droit est encore une langue du droit, appartient au même niveau que celle-ci pour la simple raison que la création du droit (langue du droit) et sa rationalisation (métalangue du droit) ne s'opposent pas mais se complètent, sont dans le prolongement l'une de l'autre, participent toutes deux de la *structuration juridique de l'expérience* - ce qui rend difficile de dire

(76) J.-L. Gardies, op. cit., p. 44.

(77) P. Amselek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, L.G.D.J., 1964.

(78) G. Kalinowski, *Querelle de la science normative*, L.G.D.J., 1969.

(79) G. Kalinowski, op. cit., p. 96.

où finit la langue du droit, où commence sa métalangue, où finit le droit et où commence la science du droit (80).

Or, ce vice originel de la construction kelsénienne, l'impossibilité de distinguer la langue du droit de sa métalangue, permet de réfuter d'un point de vue strictement logique, ainsi que nous l'annonçons plus haut, l'affirmation de la complétude et de la cohérence du système juridique.

Pour cela, il faut rappeler toutefois que si la théorie des types de Russell permet d'éliminer les antinomies, elle nous conduit à une régression à l'infini dans l'échelle des métalangues. C'est pourquoi, dès 1908, Zermelo avait tenté d'éliminer les antinomies sans avoir recours à la hiérarchie des types. En effet, dans son axiomatisation de la théorie des ensembles, il avait bien essayé de construire des axiomes qui évitent d'aboutir à des antinomies, et qui toutefois, présentant "une évidence psychologique", puissent inspirer, dit Robert Blanché, "une confiance absolue" et être "fondements aussi bien que principes" (81). Mais, pour certains mathématiciens, l'un des axiomes de Zermelo, l'axiome du choix, était loin de présenter cette "évidence psychologique", ce qui ruinait l'axiomatique de Zermelo dans ce qu'elle prétendait avoir de naïf et montrait l'impossibilité de fonder l'axiomatique sur une base intuitive.

Au moyen de sa méta-mathématique, Hilbert veut précisément, comme le dit Robert Blanché, suppléer "par le raisonnement à l'intuition défaillante" : la formalisation de l'axiomatique doit permettre d'établir, par voie démonstrative, sans en appeler à l'intuition, si un système d'axiomes est ou non consistant ; elle doit permettre également d'établir la compatibilité et l'indépendance des axiomes, ainsi que de résoudre les problèmes de complétude, de décidabilité, de saturation (82).

Dans ce contexte de formalisation complète, naissait le projet de formaliser la métalangue même des systèmes que l'on venait de réduire à une pure structure, le projet de faire appel à une nouvelle métalangue, à une "méta-métalangue", ce qui risquait, note Robert Blanché, de nous engager "dans une régression à l'infini dans l'échelle illimitée des métalangues" (83). D'où l'idée d'exprimer cette métalangue au moyen même de sa langue-objet. C'est ainsi que Gödel, par son "arithmétisation de la syntaxe", s'efforçait de formuler la syntaxe de l'arithmétique, à l'intérieur même de l'arithmétique. Or, en procédant de cette façon, il devait précisément établir :

- 1) qu'il est impossible de démontrer ainsi la non-contradiction du système ; ce système comportera nécessairement des énoncés indécidables ;
- 2) que l'affirmation de la non-contradiction du système est elle-même indécidable.

Tels sont les célèbres théorèmes de Gödel sur l'indécidabilité (1931) qui, au cours de cette décennie 1930-1940, devaient ouvrir une nouvelle période de crise pour les mathématiques. Mais, ces théorèmes qui illustrent, suivant le titre d'un ouvrage célèbre de Ladrière, "la limitation interne des formalismes", signifient-ils vraiment une crise de formalisation, et par le fait

(80) Nos ouvrages *Sémiotique juridique. Introduction à une science du droit*, P.U.F., Les Voies du droit, 1990, et *Les normes de l'action : droit et morale. Introduction à la science normative*, L'Harmès, 1990.

(81) R. Blanché, *L'Axiomatique*, P.U.F., 1955, p. 86-87.

(82) R. Blanché, op. cit., p. 87.

(83) R. Blanché, *Histoire de la logique d'Aristote à Russell*, A. Colin, 1970, p. 361.

même de la pensée mathématique toute entière ? En réalité, et comme le suggère Robert Blanché, plus qu'une crise ou qu'un déclin de la formalisation, ces théorèmes révèlent une de ses exigences essentielles : toute construction formelle doit s'effectuer à l'aide d'une théorie plus forte que celle qui est prise pour thème de la formalisation, et, en particulier, ce n'est qu'à l'aide d'un système plus fort que l'on peut démontrer la non-contradiction d'un système donné.

Dans le domaine juridique, le vice originel de la théorie pure du droit de Kelsen est précisément de tomber sous le coup des théorèmes de Gödel. En effet, le projet de Kelsen est de formaliser le système juridique au moyen de ce qu'il croit être une métalangue du droit. Celle-ci n'étant en réalité encore que la langue du droit, tout se passe comme s'il voulait formaliser le système juridique au moyen même de sa langue-objet. En procédant ainsi, il ne peut donc que se heurter aux interdits gödéliens portant sur l'impossibilité de démontrer la non-contradiction du système, et l'indécidabilité de l'affirmation même de la non-contradiction du système. Or, la construction kelsénienne est d'autant plus affectée par ce vice originel que la théorie pure du droit affirme la consistance et la complétude du système juridique puisque, selon Kelsen, il ne saurait y avoir, dans l'ordre juridique, ni lacune, ni contradiction. En ce sens, Kelsen se meut dans un univers pré-gödélien, il ignore de son contemporain les méta-théorèmes sur l'indécidabilité.

Sur ce point, et contrairement à la thèse que soutenait Paul Amselek en 1964 (84), Kelsen se sépare de Husserl.

En effet, si Husserl a eu le mérite d'explorer cet en-deça du niveau des règles de transformation que représente le niveau préalable et préliminaire des règles de formation (c'est en cela qu'il a provoqué, selon l'expression de J.-L. Gardies, le "réveil grammatical des logiciens"), il a également eu le mérite d'envisager cet au-delà du niveau des règles de transformation, le niveau supérieur des règles auxquelles sont soumis les axiomes faisant l'objet de ce qu'il appelle la "théorie des multiplicités". Certes, ainsi que le rappelle Jules Vuillemin, "la "multiplicité" husserlienne doit être "définie" c'est-à-dire non-contradictoire et catégorique (85). Cependant, anticipant le méta-théorème d'incomplétude de Gödel, Husserl avait pu conclure à l'impossibilité de développer la phénoménologie au moyen d'un système axiomatique catégorique et complet (86). Ainsi, à la différence des anticipations de Husserl dans le domaine des systèmes logiques en général, Kelsen, poursuivant une exploration purement formelle du système juridique, n'a pas eu conscience bien qu'il soit contemporain de Gödel de la "limitation interne des formalismes".

(84) P. Amselek, *op. cit.*, p. 45.

(85) J. Vuillemin, *La philosophie de l'algèbre*, P.U.F., 1962, tome I, p. 487.

(86) A. R. Raggio, *L'évolution de la notion de système axiomatique in l'Age de la science*, 1970, n° 3, p. 222.

CONCLUSION

En dépit de l'apparence logique de la *Stufenbautheorie*, la "validité" telle que la conçoit Kelsen ne repose pas sur un critère logique, elle ne repose que sur le critère pragmatique des organes "jurislatoeurs" (pour reprendre l'expression de Haesaert) qui édictent les "normes juridiques générales" et des organes "jurisdiseurs" (pour reprendre l'expression d'Amselek) qui édictent les "normes juridiques individuelles". Selon Kelsen, est valide ce qui est reconnu comme tel par les organes étatiques, est valide -en fin de compte- ce qui est efficace, ce qui réussit. La pyramide kelsénienne des validités est en réalité une pyramide des efficacités, des réussites qui reposent sur l'autorité de l'organe étatique.

On sait qu'avec le critère d'*efficacité* de la norme juridique que Kelsen considère comme le corollaire du critère de *validité*, on a pu reprocher au juriste autrichien de réintroduire en fraude le *Sein* qu'il avait voulu exclure du domaine du droit, du domaine normatif, et de rétablir ainsi, contrairement à son projet initial, le passage du *Sein* au *Sollen*, de l'*être* au *devoir-être*. Ainsi, le critère d'*efficacité* chez Kelsen joue-t-il un rôle analogue à Dieu dans la métaphysique kantienne ; on pourrait dire aussi que ce critère est un postulat, postulat de la raison juridique, exigence du droit qui veut que ses normes soient obéies et que la désobéissance à ces normes soit sanctionnée. C'est pourquoi l'*efficacité* ne se confond pas avec la *validité* mais en est la condition. "Un ordre juridique, écrit Kelsen, est considéré comme valable si ses normes sont efficaces, c'est-à-dire effectivement obéies et appliquées en gros de façon générale" (87). Ainsi, l'ordre juridique apparaît-il comme un "ordre de contrainte" qui procède de l'organe étatique.

Kelsen pose en effet en principe l'identité du droit et de l'État, identité qui seule est capable d'assurer le caractère scientifique de la "théorie pure du droit". "Le fait de reconnaître que l'État est un ordre juridique est la condition d'une véritable science du droit" (88). Or, il s'agit ici sans aucun doute de l'affirmation la plus fautive et la plus dangereuse du kelsénisme. Kelsen révèle peut-être ici l'une des conditions essentielles d'une véritable "science de l'État", mais certainement pas d'une véritable "science du droit". En effet, même si l'État occupe une place prépondérante et parfois totalisante dans la vie juridique, il n'en est pas moins vrai qu'il y a une transcendance du Droit sur l'État et que, dans sa visée phénoménologique, l'ordre juridique est irréductible à l'ordre étatique, à tout ordre de contrainte organisée.

Ainsi, l'apparence logique de la construction kelsénienne ne doit pas faire plus illusion que celle de la doctrine de la *Herrschaft*, de la Puissance étatique soutenue au XIX^e siècle par Zorn, Laband, Jellinek, puisque les sophismes de cette dernière n'arrivent pas à dissimuler les diktats de la thèse de la souveraineté étatique (89). Il en va un peu de même pour la théorie pure du droit qui n'arrive qu'au prix de contradictions logiques à établir l'identité du droit et de l'État. Sur ce point, force est de constater que Kelsen n'a fait guère mieux, hélas, que les légistes bismarckiens du II^e Reich.

(87) H. Kelsen, op. cit., p. 287.

(88) H. Kelsen, op. cit., p. 418. Cité par A. Brimo, *Les Grands courants de la philosophie du droit et de l'état*, A. Pédone, 3^e éd., 1978, p. 310.

(89) Notre article, *Carré de Malberg face à l'École de la Puissance étatique*.

LA FONCTION NORMATIVE DES NOTIONS FLOUES

Par

Vincente FORTIER

Chargée de recherche au C.N.R.S - I.R.E.T.I.J. (Montpellier)

SOMMAIRE

I - LA NOTION FLOUE, SOURCE APPARENTE DE FLEXIBILITÉ

- A - LA FLEXIBILITÉ, FONCTION PREMIÈRE DE LA NOTION FLOUE
- B - LA FLEXIBILITÉ, ORIGINE DES SENS MULTIPLES DE LA NOTION FLOUE
 - L'intérêt de l'enfant
 - La bonne foi

II - LA NOTION FLOUE, SOURCE CACHÉE D'UNE NORMATIVITÉ

- A - LA CONSTRUCTION AXIOLOGIQUE DE LA NOTION FLOUE
- B - LA CONSTRUCTION NORMATIVE DE LA NOTION FLOUE
 - L'intérêt de l'enfant
 - La bonne foi de l'article 1134 alinéa 3

SYNTHÈSE

1 - Le Droit est, par excellence, "l'art des accommodements" (1) ; la raison en est double : d'une part, il n'y a pas de réalités plus mouvantes que les contingences sociales, ni d'idéal plus imprécis que la justice ; d'autre part, la mission du Droit est d'incorporer cet idéal et ces contingences sociales en des formules assez stables pour donner la sécurité dans les relations juridiques, assez fermes pour permettre d'exercer la contrainte et assez souples pour suivre de près le mouvement des rapports qu'il est appelé à régir (2).

La règle de droit doit alors répondre à deux exigences essentiellement contradictoires: d'une part -pour remplir la fonction sociale du droit c'est-à-dire assurer l'ordre et la paix dans la sécurité- la règle devra être ferme et rigide ; d'autre part, régir les rapports économiques et sociaux implique une certaine souplesse de la norme exprimée (3).

2 - A cette antinomie naturelle que renferme le droit (4), à cette dialectique de la stabilité et du changement, de la sécurité juridique et de la nécessaire mobilité du droit, répondent les notions floues à contenu variable et les standards : notions dont l'expression, le signifiant reste constant mais dont le domaine, le champ, le signifié est mouvant, et évolue notamment en fonction de facteurs spatio-temporels (5).

Abordant le thème des notions floues et des standards, il est un préalable nécessaire à leur étude : celui de la délimitation entre les deux concepts. Précisément, la notion de standard épuise-t-elle la notion floue ? Le standard, selon la définition désormais acquise, "vise à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité" (6). Une telle définition matérielle éclaire, en le restreignant, le champ du standard, limité alors à une sorte de mètre-étalon ; la notion-standard est le critère de référence pour juger des conduites sociales par rapport à ce qui se fait ou ce qui doit être ; ainsi en est-il du standard de "bon père de famille" permettant, par exemple, d'apprécier le droit d'usage (et ses limites) de celui qui détient un droit d'usage et d'habitation (article 627 du code civil), le droit de jouissance du preneur à bail (article 1728 du code civil) ou de l'usufruitier (article 601 du

(1) G. Renard, *Le droit, la logique et le bon sens*, Paris 1925, Sirey I vol. in 16, p. 197.

(2) M.O. Staut, *Le standard juridique*, Paris 1927, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, p. 21.

(3) "D'une part, la stabilité des situations acquises et la sécurité des opérations juridiques doivent être assurées mais, d'autre part, le Droit doit vivre et se mouvoir pour rester en harmonie avec un milieu ambiant qui va en se transformant. Donc, stabilité qui implique immobilité d'une part, et adaptabilité qui implique évolution d'autre part". (A.A. AL Sanhoury, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise*, Paris 1925, Girard, I-vol. in 8, p. 56).

(4) Ce n'est pas la seule antinomie du Droit : "la loi est une règle abstraite et rationnelle mais c'est pour elle une vertu d'être concrète et empirique. La loi est une règle uniforme mais c'est pour elle un mérite d'édicter des prescriptions spéciales pour les situations spéciales, des prescriptions locales pour les situations locales. La loi est une règle égale pour tous mais c'est aussi pour elle une nécessité de reconnaître qu'il est des inégalités sociales actuellement indestructibles. La loi est une règle faite pour toujours mais, afin de rester vivante, elle doit sans cesse évoluer". (J. Cruet, *La vie du Droit*, Paris 1920, Flammarion, I vol in 12, p. 304-305).

(5) R. Legros, *Les notions à contenu variable en droit pénal*, in *Les notions à contenu variable en droit*, Ét. publiées par C. Perelman et R. Vander Elst, éd. Bruylant, 1984, p. 21.

(6) S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, L.G.D.J. 1980, n° 93, p. 120.

code civil) ou encore l'obligation du gérant d'affaires dans la gestion des affaires d'autrui (article 1374 du code civil).

Si l'idée d'étalonnage est de l'essence du standard, il paraît alors quelque peu paradoxal de reconnaître l'existence de standards dogmatiques en citant à titre d'illustration l'intérêt de l'enfant (7). Ce serait admettre qu'à côté des standards instruments de mesure, il y ait des standards dotés d'une certaine transcendance par rapport à un modèle comportemental. C'est en réalité étendre le domaine du standard à certains concepts où n'apparaît plus cet élément de normalité sociale, critère cardinal du standard mais qui renvoient à une appréciation d'opportunité, sans rapport immédiat avec un modèle social de comportement. Ces concepts n'appartiennent plus au monde de la mesure mais participent à celui des notions floues à contenu variable.

Il existe une différence de degré entre notion floue et standard mais point de différence de nature. Le terme "notion floue" apparaît comme la dénomination globalisante pour traiter de ces concepts qui invitent le juge :

- à émettre un jugement de valeur
- portant directement sur des comportements sociaux
- par référence à un système normatif, juridique ou non, existant ou en formation
- afin de rendre une décision ou de poser une norme (8).

Ainsi entendus, standard et notion floue font partie d'un même ensemble et peuvent être étudiés dans leurs fonctions sans distinguer entre eux.

3 - La première fonction, unanimement reconnue, tient à la flexibilité qu'ils apportent à la règle de droit à laquelle ils s'intègrent. Fonction évidente, semble-t-il, qu'il convient néanmoins de démontrer et qui suscite une interrogation : cette flexibilité est-elle une adaptation du droit au fait ou plutôt une flexibilité du droit entendu comme un système formé d'éléments, et susceptible d'absorber des éléments nouveaux ? N'y a-t-il qu'un renvoi du droit au fait, un renvoi à une connaissance simplement sociologique et descriptive ? Mais alors "par quel miracle le droit (c'est-à-dire la décision finale du juge) peut-il sortir d'un simple fait, comment le prescriptif peut-il sortir du descriptif (9)" ? Limités à cette seule fonction de flexibilité, standard et notion floue ne produiraient en conséquence qu'une jurisprudence casuelle avec pour effet pervers, une totale insécurité juridique et l'absence de prévisibilité dans les décisions de justice (I : la notion floue, source apparente de flexibilité).

N'est-il pas possible au contraire de dégager une certaine cohérence dans la mise en œuvre d'une même notion et au-delà quelque soit le standard textuel appliqué ? Standard et notion floue ne sont-ils pas une source cachée de normativité, lieu privilégié de l'expression du pouvoir judiciaire devenant alors une source directe du droit ? (II : la notion floue, source cachée d'une normativité).

Telles sont les questions auxquelles cette étude tente d'apporter une réponse à travers l'analyse de la pratique jurisprudentielle relative à l'intérêt de

(7) Ph. Delebecque, Les standards dans les droits romano-germaniques, in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, R.R.J. 1988-4, p. 876.

(8) Ph. Jestaz, Rapport de synthèse in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, op. cit. p. 1190.

(9) Ph. Jestaz, art. cit. p. 1189.

l'enfant d'une part et la bonne foi de l'article 1134 alinéa 3 du code civil d'autre part. La comparaison entre ces deux notions appartenant à des domaines de droit différents permettra peut-être, malgré la spécificité de chacune, de conclure que ces notions dites floues sont des concepts juridiques.

I - LA NOTION FLOUE, SOURCE APPARENTE DE FLEXIBILITÉ

4 - Conscient de la trop grande rigidité de la règle et de son incapacité à tout prévoir et tout régler avec précision, le législateur introduit dans certains textes, délibérément, des notions floues à contenu variable. Contenues dans des règles de droit positif qui en orchestrent la mise en œuvre technique, ces notions concilient la donnée constante de la nature humaine et les données variables du milieu historique ; elles procèdent du droit naturel, mais d'un droit naturel en perpétuel devenir, à contenu progressif : progressif par assimilation des données historiques variables à une substance rationnelle immuable (10).

L'ordre public, le bon père de famille, la faute, la bonne foi, l'équité, l'intérêt de l'enfant sont autant d'illustrations de ces notions floues dont il apparaît que leur nombre va croissant dans tous les domaines du droit.

5 - Il serait vain de rechercher une définition légale de ces concepts : leur flou sémantique (11) est voulu par le législateur ; la variabilité est une variabilité préparée d'avance, l'intentionnalité est inhérente à la variabilité (12). Celle-ci réalise en droit privé à l'instar du droit pénal, l'individualisation des solutions (13) et au-delà la distributivité des droits subjectifs : à chaque situation sa solution propre, individuelle, la solution la plus appropriée aux circonstances particulières de cette situation car "envisager des hypothèses variées d'une façon abstraite et générale, établir une règle rigide pour les englober en bloc sans tenir compte des particularités de chaque cas, c'est méconnaître la nature même du monde social, nature rebelle à toute uniformisation mathématique" (14).

La notion floue permet l'application de la règle par intégration de la diversité des cas particuliers et, d'une époque à l'autre, son aménagement face aux besoins nouveaux (A : La flexibilité, fonction première des notions floues) ce qui n'est pas sans incidence sur le contenu de la notion (B : La flexibilité, origine des sens multiples de la notion floue).

(10) G. Renard, *La théorie de l'institution, Essai d'ontologie juridique*, Recueil Sirey, 1930, 2ème leçon, *Le droit naturel, la justice et la sécurité, fondations et institutions*, p. 65.

(11) H. Bauer-Bernet, *Notions indéterminées et droit communautaire*, in *Les notions à contenu variable en droit*, op. cit. p. 269 ; v. également M. Taruffo, *La justification des décisions fondées sur les standards*, in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, op. cit. p. 1124.

(12) J. Carbonnier, *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*, in *Les notions à contenu variable en droit*, op. cit. p. 100.

(13) A.A.AL Sanhoury, *Le standard juridique*, in *Recueil d'études sur les sources du droit*, T. II, *Mélanges Gény*, Sirey 1934, p. 145.

(14) A.A.AL Sanhoury, art. cit. p. 145.

A - LA FLEXIBILITÉ, FONCTION PREMIÈRE DE LA NOTION FLOUE

6 - Inclus dans un système normatif nécessairement précis (15), le concept flou y introduit la flexibilité et l'élasticité ; en effet, la mise en œuvre de la règle de droit est subordonnée à l'appréciation du concept, par essence équivoque et ambigu (16). Sorte de Protée du texte de loi qui la prévoit, la notion floue semble varier de contenu donc de sens au gré des circonstances. Dès lors, la finalité des notions à contenu variable est d'infléchir les règles techniques, d'en exclure toute rigidité et toute fixité. Si l'intangibilité de la règle demeure, ces notions interdisent une mise en œuvre mécanique de celle-ci par simple subsomption des faits au droit (17), dans la mesure où ces notions expriment une idée et non un fait. Cette idée a une finalité qui est la finalité juridique : le juste. Elle va alors servir de boussole dans l'application du droit, dans la solution du litige.

7 - Ces notions floues sont une méthode d'aménagement de la règle de droit et de dépassement de celle-ci car, notions disponibles ouvertes au changement, elles appellent les interprètes à une appréciation morale, sociale et, partant, évolutive de la norme où l'intuition et l'expérience prennent la place du raisonnement et de la logique (18). Elles introduisent, en effet, dans le domaine juridique considéré des règles de conduite sociale, une sorte de code de déontologie. Ainsi en est-il du standard stricto sensu qui permet la mesure de comportements et de situations en termes de normalité (19). Encore faut-il préciser que, dans certains cas, la norme a pour destinataires directs les sujets de droits (ainsi l'article 1134 alinéa 3 du code civil : la bonne foi est requise directement des contractants, le juge veillant à son respect) ; dans d'autres hypothèses, la norme fixe au premier chef la mission du juge (tel est le cas de l'article 287 du code civil qui commande au juge de rechercher l'intérêt de l'enfant pour attribuer l'autorité parentale).

Lorsque le juge est invité à préciser ces notions vagues, il s'inspire de considérations extra-juridiques : il tient compte des usages, des mœurs, des données sociales ou économiques, des circonstances (20)... Il construit son propre schéma axiologique en l'absence de précision dans le texte et a recours

(15) Sur l'inclusion des standards dans les règles de droit, v. J.S. Navarro, Standards juridiques et règles de droit, in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, op. cit. p. 837 et s.

(16) V. Ph. Delebecque, art. cit. p. 881.

(17) En ce sens, v. M. Taruffo, art. cit. p. 1129 : "Le schéma de l'emploi du standard n'est pas le modèle traditionnel de la subsomption syllogistique : on n'a pas une majeure donnée par la règle de droit intégrée par le standard et une mineure donnée par le fait dont le juge dérive une conclusion déductive". V. également J.L. Bergel, Avant-propos, in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, op. cit. p. 808 : "Les standards participeraient (ainsi) à une transformation de la logique juridique traditionnelle, linéaire et binaire, procédant par régressions successives ; ils relèveraient de la logique floue...".

(18) A.A. AL Sanhoury, art. cit. p. 146.

(19) S. Rials, op. cit. p. 120.

(20) "Les standards juridiques réalisent cette tentative pour faire du droit autre chose que l'objet d'une science qui soit une science exacte. On réintroduit la vie, on réintroduit la morale dans un droit qui, autrement, risquerait d'être desséché" (R. David, Discussion du rapport de A. Tunc sur "Les standards et l'unification du droit" in *Livre du Centenaire de la société de législation comparée*, Paris, L.G.D.J. 1970, p. 135.) ; v. également, P. Oriante, Les standards et les pouvoirs du juge in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, op. cit. p. 1055 et s.

à un système de valeurs puisé dans sa propre conscience ou dans la conscience collective d'un groupe, le plus souvent sectoriel, parfois plus large, fédéré par une certaine vision commune du monde (21). Ainsi en est-il du concept d'intérêt de l'enfant, notion-pivot de l'article 287 (22), source unique de la décision d'attribution de l'autorité parentale. Le droit naît, ici, dans la vie (23), et le magistrat doit juger un intérêt fuyant, à la fois psychologique et matériel dont la subtilité congénitale est accrue par la fluidité d'une situation qui évolue sans cesse avec l'âge des enfants et à laquelle il faut même intégrer la perspective de leur avenir adulte (24).

Même intrusion de la morale dans le droit pour l'appréciation de la bonne foi contractuelle. La bonne foi est l'un des moyens utilisés par le législateur et les tribunaux pour faire pénétrer la règle morale dans le droit positif. Josserand remarquait que "c'est la loi elle-même qui, en tournant les regards du juge vers la bonne foi, vers l'équité et vers l'usage, l'invite à fouiller ce fonds contractuel pour y découvrir des obligations nouvelles susceptibles de varier et de se multiplier au cours des âges sous la pression des phénomènes individuels, économiques ou sociaux" (25). Si la bonne foi constitue un instrument d'interprétation du contrat, le juge se demandant "ce à quoi les parties, en toute bonne foi, ont pu vouloir s'engager", elle dessine surtout les exigences d'une règle de comportement dans l'exécution de la convention.

Conséquence semble-t-il inéluctable, de cette immixtion de données morales et psychologiques dans le droit, liée à l'introduction d'une notion floue dans la norme, il ne peut exister de définition unique de celle-ci. Plus exactement, il en existe autant que d'applications particulières des notions considérées.

B - LA FLEXIBILITÉ, ORIGINE DES SENS MULTIPLES DE LA NOTION FLOUE

8 - Lors de son application par le juge, la notion floue semble s'atomiser et recouvrir des sens multiples, en fonction du cas particulier et des faits de l'espèce. Tant l'intérêt de l'enfant que la bonne foi en fournissent l'illustration.

- L'intérêt de l'enfant

9 - La décision sur l'exercice de l'autorité parentale passe nécessairement par une appréciation de ce critère cardinal qu'est l'intérêt de l'enfant et dont le contenu semble varier avec les circonstances. Ainsi, dans certains cas, l'intérêt de l'enfant commande que celui-ci soit confié au père car la seconde épouse de ce dernier inspire au juge plus confiance que le second

(21) T. Ivainier, *L'interprétation des faits en droit*, L.G.D.J. 1988, p. 79, n° 84.

(22) Article 287 du Code civil : "Selon l'intérêt des enfants mineurs, l'autorité parentale est exercée soit en commun par les deux parents après que le juge ait recueilli leur avis, soit par l'un d'eux. En cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, le juge indique le parent chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle".

(23) A. Vincent, APD 1972, cité par T. Ivainier, op. cit. p. 18, n° 17.

(24) J. Carbonnier, art. cit. p. 104 et 105.

(25) Josserand, *L'essor moderne du concept contractuel*, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Génay, 1934, II, p. 340.

mari de la mère (26) ; ou encore, la mère étant remariée et ayant des enfants de son second mariage, il est à craindre que la fille du premier lit n'ait pas dans ce nouveau foyer la place à laquelle elle a droit (27). Mais la même motivation peut être retenue en sens inverse ; notamment, l'état de concubinage de la mère ne met pas nécessairement obstacle à ce que les enfants lui soient confiés (28).

Dans d'autres cas, le juge retiendra de la situation l'influence néfaste et abusive sur l'enfant des grands-parents paternels ou maternels selon l'espèce, pour confier l'exercice de l'autorité parentale au parent opposé : "le comportement de la famille paternelle est révélateur d'une animosité affichée des parents de... envers leur belle-fille ; il est prévisible, si l'enfant était confiée à son père qu'elle serait autant auprès de sa grand-mère et poussée à se détacher de sa mère, ce qui n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant" (29).

Inversement, la présence affectueuse des grands-parents peut être le critère déterminant de l'intérêt de l'enfant, les juges décidant alors de confier l'enfant au père (à la mère) à charge pour lui (elle) "de conserver l'assistance des grands-parents dans la mesure où tant le père que la mère sont immatures et dépendants de leur milieu social" (30).

Les exemples pourraient être multipliés ; ils montrent toute l'hétérogénéité des situations réglées par l'usage du concept d'intérêt de l'enfant. Cette casuistique semble affecter la notion étudiée d'une certaine fragilité.

- La bonne foi

10 - La même diversité de contenu peut être remarquée à propos de la notion de bonne foi.

Ainsi, dans un contrat de concession exclusive portant sur la vente de véhicules automobiles, la Cour de Cassation décide que "le concédant n'ayant pas l'obligation de consulter son réseau avant de fusionner avec une autre marque, c'est à tort qu'il lui est reproché d'avoir manqué à l'obligation de bonne foi et d'avoir provoqué la cessation d'activité d'un concessionnaire qui a fait preuve de manque de dynamisme en refusant de signer d'emblée le contrat d'agence croisée qu'on lui proposait" (31).

Inversement, dans un contrat de même nature, "engage sa responsabilité contractuelle le concédant qui autorise un concurrent à transférer ses installations à proximité de celles d'un autre concessionnaire exclusif alors que pour ce dernier le lieu d'implantation du concurrent expressément prévu par ce contrat revêtait une importance déterminante de son consentement. En agissant ainsi le concédant a donc manqué à l'obligation de bonne foi et modifié l'équilibre contractuel en créant de nouvelles conditions de concurrence préjudiciables à son concessionnaire qui a ainsi subi un trouble commercial justifiant une indemnité" (32).

(26) Req. 5/01/1938, D.H. 1938.131.

(27) Nancy 23/06/1949, D. 1950 somm. 18.

(28) Rouen 18/05/1982, Gaz. Pal. 1982.2 somm.381.

(29) Montpellier 5/06/1984, juridoc. n° 887.

(30) Metz 5/05/1987, jurisdata n° 43480.

(31) Cass. Com. 09/05/1990, jurisdata n° 1475.

(32) Cass. Com. 19/12/1989, jurisdata n° 4021.

La même exigence de bonne foi implique qu'un vendeur ne puisse mettre à profit le délai séparant l'opération juridique de vente et la délivrance de la chose vendue pour altérer celle-ci sans engager sa responsabilité à l'égard de l'acquéreur lésé (33).

De la même façon, n'exécute pas de bonne foi le contrat de prêt qu'il a conclu, l'emprunteur qui garde le silence sur l'inexécution du contrat de vente que ce prêt devait financer et qui rembourse plusieurs échéances sans avertir le prêteur. Une telle faute prive ce dernier de la possibilité de suspendre l'exécution du contrat de crédit et lui fait perdre le bénéfice du recours prévu à l'article 10 de la loi du 10 janvier 1978, le vendeur étant alors en liquidation de biens (34).

La bonne foi est encore requise dans la demande d'une exécution ponctuelle de l'accord de volontés (35) ou dans la mise en œuvre d'une clause de dédit (36).

11 - Il ressort de cette première analyse des notions floues- intérêt de l'enfant, bonne foi- qu'elles présentent une identité téléologique : point "ouvert" (37) dans le système normatif qui les prévoit, elles donnent au juge une potentialité d'aménagement de la norme en fonction de la réalité sociale ; elles apparaissent alors essentiellement comme des moyens privilégiés de régulation sociale, des instruments judiciaires d'équilibre, contractuel pour la bonne foi, psychologique et affectif pour l'intérêt de l'enfant.

Concourir au même but malgré une différence de domaine d'application n'est pas le seul point commun de ces notions indéterminées. Étant nécessairement et étroitement liées à des faits contingents, elles impliquent de la part du juge chargé de leur mise en œuvre, une activité de détermination de leur contenu et, partant, du contenu de la règle pour chaque cas d'espèce. En ce sens, ces concepts flous ont un effet potentiel de création de droits subjectifs. Ainsi la bonne foi visée par l'article 1134 alinéa 3 du code civil dont on remarque qu'elle transcende l'ensemble du droit contractuel (38) génère des obligations à la charge des parties alors même qu'elles ne sont pas exprimées dans l'accord de volonté.

A travers l'application du concept flou, le juge dont l'ultime fonction est la prise effective de décision, fixe l'existence, la nature et l'étendue des droits respectifs des parties. Son rôle se borne-t-il alors à l'application au cas concret du standard textuel fixant pour une situation donnée son contenu matériel ? Ou peut-on découvrir au fil de l'analyse, une activité judiciaire de création plus riche, participant davantage d'une mission de constitution du droit positif ?

(33) Nancy 17 juin 1987, jurisdata n° 49406.

(34) Paris 3 février 1989, jurisdata n° 22889.

(35) Cf. Les décisions analysées par J. Ghestin, *L'abus dans les contrats*, G.P. 1981, Doctr. p. 381.

(36) Cass. Civ. 3ème, 11/05/1976, D. 1978, 269, note J.J. Taisne.

(37) V. M. Taruffo, art. cit. p. 1134 et la note 40.

(38) J. Mestre, *L'évolution du contrat en droit privé français*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier (Poitiers, 24-25 oct. 1985), PUF 1986, p. 52, note 62.

II - LA NOTION FLOUE, SOURCE CACHÉE D'UNE NORMATIVITÉ

12 - "Il n'y a pas de droit sans référence à l'existant" disait Ihering et ce postulat s'applique sans conteste aux notions floues du droit. Les textes de loi qui les prévoient ne peuvent dès lors s'appliquer sans la médiation du juge qui se trouve investi par le législateur d'une délégation de pouvoir. Pouvoir souverain d'appréciation dans l'application de la notion au cas concret révélant une mise en œuvre axiologique de la notion (A) ; mais également mise en œuvre normative au-delà de la diversité des cas d'espèce (B).

A - LA CONSTRUCTION AXIOLOGIQUE DE LA NOTION FLOUE

13 - En l'absence intentionnelle d'un système de normes préétablies, il convient de se demander où le juge puise ses informations pour donner un contenu matériel à la notion. En effet, la norme fixe un cadre et indique au juge, à travers la notion floue, la finalité à atteindre. En ce sens, la règle guide le magistrat dans l'application des prescriptions qu'elle renferme, en lui laissant toute latitude quant au choix de la solution.

Pour trancher le litige, le juge s'appuie sur les faits de la cause révélés par les parties ou "découverts" par lui, permettant d'évaluer et d'apprécier la situation conflictuelle (39). Il ne retient que les faits pertinents aux fins d'en inférer les droits subjectifs respectifs des parties, par référence au critérium indiqué par la loi (40). Le juge dit, alors, le droit "en fait", au fil des espèces, inspiré et guidé par une norme qui parfois ouvre un choix mais s'abstient de fournir des repères, en permettant ainsi son application à des situations d'une extrême variété (41).

14 - Cette opération d'interprétation des faits et d'attribution à certains d'entre eux d'une valeur plus importante est fonction du propre schéma axiologique du magistrat dans l'appréciation de la notion considérée, schéma lui-même finalisé et animé "par un souffle unique, l'Idée du Juste" (42). S'il y a certes prééminence du fait dans l'application d'une notion floue, celle-ci ne réalise pas pour autant ce que certains seraient tentés d'appeler l'adaptation du droit au fait (43), mais elle conduit le juge dont le rôle est ainsi magnifié, à rechercher la finalité de toute règle juridique et au-delà du droit lui-même, la justice (44). L'espèce considérée est l'occasion d'une

(39) "L'intégration sur la base d'un standard ne conduit pas à une règle abstraite, puisqu'elle est essentiellement "orientée par le fait" c'est-à-dire qu'elle a lieu seulement par rapport à des faits concrets et spécifiques et qu'elle est faite "à la mesure du fait" qui doit être qualifié selon la règle de droit. Cela signifie que le point de départ n'est pas la règle mais le fait : c'est le fait concret qui, une fois établi, est évalué selon le standard, pour être ensuite qualifié selon la règle de droit." (M. Taruffo, art. cit. p. 1128.)

(40) "Les faits nous donnent à la fois le juste et l'injuste et il faut choisir entre eux, prendre un parti. Trouver un critérium des actes à favoriser et de ceux qu'il faut proscrire, c'est tout le but du droit." (Lefebvre, *Le droit naturel*, p. 40).

(41) T. Ivainer, op. cit. p. 99, n° 107.

(42) G. Renard, *La valeur de la loi*, première leçon, p. 9.

(43) V. par ex. J.L. Bergel, art. cit. p. 809.

(44) Sur ce sentiment du Juste, *Fondement des jugements de valeur sur les faits*, "qui doit demeurer le premier conseiller de l'homme de droit", v. l'excellent article de C. Aúas et D. Linote, *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, D. 1977, Chron..XXXIV, p. 251.

concrétisation de l'idée de justice mais celle-ci est nécessairement aménagée en fonction des données factuelles qui lui opposent une certaine résistance en raison de leur épaisseur et de leur spécificité. Dans le conflit d'intérêts opposés, les faits sont porteurs d'une virtualité (45), celle de révéler au juge par exemple, celui des parents à qui l'enfant doit être confié ou s'il y a respect ou méconnaissance de la bonne foi contractuelle. Ces faits, en outre, légitiment pour partie le jugement de valeur porté sur eux par le juge : données tangibles, concrètes, mesurables, ils sont la manifestation extériorisée du fondement de la décision. Les faits doivent être spécifiquement et explicitement définis par le juge, afin de montrer le fondement factuel concret de l'évaluation prévue par la règle de droit (46).

Ainsi, en présence de parents dont l'un (le père) exerce la profession d'instituteur, peut aménager ses horaires de travail et dispose d'un logement spacieux et l'autre (la mère) présente un mauvais état de santé et des tendances suicidaires, le juge confie l'enfant au père, celui-ci offrant objectivement de meilleures aptitudes éducatives.

Le fait pour une banque ayant conclu un contrat de maintien de clientèle, de retirer celle-ci sans pouvoir alléguer à l'encontre de son fournisseur une perte de compétitivité, traduit la méconnaissance des exigences de la bonne foi contractuelle (47).

15 - Il apparaît alors qu'à l'occasion de son application par le juge, la notion indéterminée se construit au fil des espèces : l'ensemble des solutions données par la jurisprudence peut, dans une certaine mesure, permettre d'élaborer graduellement une définition de la notion ou tout au moins de délimiter positivement ou négativement son contenu (48). Mais il est à craindre que, par l'accumulation des contenus "concrets", la notion floue, loin de prendre consistance et épaisseur, se dissolve, s'évapore, se fonde pour ne garder, finalement, que la transparence désespérante... d'un concept vide (49) et renvoyer en définitive à l'incontournable spécificité de chaque situation d'espèce.

Cependant, cette singularité des faits qui débouche, en première analyse sur des interprétations divergentes du contenu même de la notion floue, n'empêche pas que celle-ci puisse concourir à "l'engendrement du droit" (50).

B - LA CONSTRUCTION NORMATIVE DE LA NOTION FLOUE

16 - L'étude de la jurisprudence relative à l'intérêt de l'enfant et à la bonne foi de l'article 1134 alinéa 3 du code civil, révèle, malgré la diversité des situations examinées, une réelle cohérence de mise en œuvre de ces concepts permettant de dégager le contenu de ceux-ci, non plus in concreto mais in abstracto.

(45) T. Ivainer, op. cit. p. 59, n° 60.

(46) V. M. Taruffo, art. cit. p. 1131 et s.

(47) Caen 26 octobre 1989, jurisdata n° 45681.

(48) J. Ghestin, L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français, in Les notions à contenu variable en Droit, op. cit. p. 77.

(49) I. Théry, La référence à l'intérêt de l'enfant, usage judiciaire et ambiguïtés in Du divorce et des enfants, Travaux et documents, cahier n° 111, PUF 1985, p. 57.

(50) G. Timsit, Sur l'engendrement du droit, Rev. Dr. Pub. 1988, n° 1, p. 39.

- L'intérêt de l'enfant

17 - L'analyse des décisions sur l'attribution de l'autorité parentale conduit à observer un phénomène de rétention systématique de certains paramètres, à l'aune desquels se mesure l'intérêt de l'enfant. Ces critères qui peuvent être affinés (51) font l'objet d'un recensement aisé :

- aptitudes éducatives des parents
- conditions de vie matérielles offertes à l'enfant
- relations parents et enfant
- état de santé (parents et enfant)
- personnalité des parents
- âge et audition de l'enfant
- présence des grands-parents
- résultats de l'enquête sociale

18 - Ce phénomène de récurrence des critères retenus est important en ce qu'il traduit la construction par le juge d'un cadre structurel invariant, véritable microsystème normatif. La structure est composée selon deux axes : recherche de l'intérêt affectif de l'enfant, recherche de l'intérêt matériel de celui-ci. Ces axes se diversifient en éléments qui sont justement les critères systématiquement retenus par la jurisprudence, l'ensemble étant organisé par un lien structurel qui est l'intérêt de l'enfant. Cette structure ainsi construite permet l'appréhension du réel, son organisation, sa régulation conformément à la norme promulguée dans le code civil. Dès lors, l'application jurisprudentielle du concept d'intérêt de l'enfant revient à la mise en œuvre de cette structure abstraite et invariable, chacun des éléments la composant étant nourri par référence à l'existant, c'est-à-dire les données de l'espèce.

Ainsi, l'élément "conditions de vie matérielles offertes à l'enfant" qui peut lui-même être subdivisé en éléments (logement ; disponibilité matérielle...) se traduit selon les cas par :

- le père offre à l'enfant un vaste logement où il vivra seul avec lui, ce qui est de nature à rassurer la mère sur ses craintes d'une vie itinérante ;
- les conditions d'hébergement offertes par la mère sont mauvaises du fait de l'exiguïté du logement abritant déjà son concubin et d'autres enfants ;
- la mère est entièrement disponible pour son enfant ou, au contraire, elle est matériellement indisponible du fait de sa profession absorbante, l'enfant, en son absence, étant confié au concubin.

19 - La reconnaissance de la structure emporte une importante conséquence : elle dessine précisément les contours de la notion qui, dès lors, perd ce flou sémantique attribué en première analyse. Chacun des éléments de la structure participe à la définition du concept. La variabilité n'est plus attachée à la notion elle-même mais tient essentiellement à deux facteurs :

- d'une part, aux données de fait qui nourriront la structure ;
- d'autre part, à la mise en correspondance par le juge (52) de chacun des éléments de la structure, c'est-à-dire au poids respectif attribué à chacun d'eux dans la décision finale. La difficulté de cette mise en balance est, du

(51) V. notamment La classification proposée par I. Théry, art. cit. p. 56 et 57.

(52) T. Ivainier, op. cit. p. 135, n° 151.

reste, particulièrement aigüe lorsque les deux parents sont également aptes à assumer l'éducation de l'enfant.

En constituant le cadre socio-juridique d'une réalité socio-culturelle, le juge n'apparaît plus seulement comme le serviteur de la loi dont il comble les lacunes intentionnelles (53), mais se trouve activement impliqué dans le processus de création du droit.

- La bonne foi de l'article 1134 alinéa 3

20 - En disposant que les conventions "doivent être exécutées de bonne foi", l'article 1134 alinéa 3 du code civil a une résonance morale évidente et la question qui se pose immédiatement est celle de sa transposition du plan éthique au plan juridique. Que recouvre donc cette idée de bonne foi? Au-delà de la diversité des cas d'espèces, il est possible de découvrir les lignes directrices qui, sous-tendant l'application jurisprudentielle du concept de bonne foi, permettent d'élaborer une définition. L'exécution de bonne foi du contrat recouvre un devoir de loyauté et un devoir de coopération entre les parties contractantes.

21 - La loyauté signifie l'exécution fidèle de la convention, le respect de la parole donnée. Ainsi, dans un contrat de distribution sélective portant sur des parfums de luxe, la Cour d'appel de Paris a pu décider que manque à son obligation de loyauté le distributeur agréé qui vend hors réseau à un détaillant non agréé des produits alors que le contrat lui interdisait de vendre plus de dix articles à un client même présenté comme un particulier (54).

La loyauté n'est pas une notion rigide ; elle peut être vue comme un standard remis à l'application du juge (55) ; elle est certainement un standard prétorien car créé par le juge lui-même. Force est alors d'en conclure que cette fidélité d'exécution risque bien d'être aussi floue que la notion qui l'exprime et de ne prendre corps qu'à l'application. Dire que "tout débiteur doit dans l'exécution se conduire en bon père de famille" (56) ne renseigne pas plus sur la notion. Néanmoins, elle permet de tracer certaines limites à l'exécution du contrat : le créancier ne saurait, sous prétexte de fidélité d'exécution, imposer au débiteur des sacrifices financiers d'importance disproportionnée avec l'utilité du but à atteindre (57) ; mais le devoir de loyauté implique l'exécution du contrat même si certaines difficultés s'élèvent au cours de celle-ci.

22 - Quant au devoir de coopération, il permet à l'instar de l'affectio societatis, de considérer le contrat comme "une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, comme dans la société civile ou commerciale. Alors, à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur, tend à se

(53) G. Comu, *Droit civil, Introduction, précis Domat*, éd. Montchrestien 1988, p. 68, n° 178.

(54) Paris 01/03/1990, *jurisdata* n° 20765.

(55) Demogue, *Traité des obligations*, T.VI, Librairie Rousseau, 1931, n° 6.

(56) Demogue, *op. cit.* n° 6.

(57) Demogue, *op. cit.* n° 9.

substituer une certaine union" (58). Le juge découvre de plus en plus fréquemment ce devoir positif de collaboration, d'assistance mutuelle.

Par exemple, la Cour d'appel de Bourges relève dans un contrat de prestations de services que "les sociétés de conseils de gestion ne sont, à défaut de stipulation contraire expresse, tenues que d'une obligation de moyen à l'égard de leurs clients dont elles sont en droit d'attendre, en outre, une coopération effective. Il reste que la mise en œuvre de l'obligation de moyen ne dispense pas son débiteur de l'exécution des prestations que le créancier est normalement en droit d'obtenir" (59).

Dans les contrats informatiques, la jurisprudence met à la charge du fournisseur une obligation d'assistance dans l'implantation du système informatique et dans son adaptation aux évolutions techniques ultérieures ; le client est également tenu à une obligation de coopération (60).

Dans les contrats de franchise, le franchiseur est tenu à une assistance technique qui puise également ses racines dans l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat.

23 - Ce travail prétorien sur la notion de bonne foi illustre le pouvoir créateur du juge qui met à la charge des parties des obligations non exprimées par elles mais contenues implicitement dans le contrat. Mais cette découverte d'obligations n'est pas nouvelle et a perdu une certaine originalité (61).

En revanche, plus intéressante car plus riche en perspectives d'évolutions juridiques, nous paraît être la démarche fondamentale des juges. D'une part, par la recherche d'une véritable convergence, d'une véritable coopération, les juges renouvellent l'approche classique du contrat (62) en changeant insensiblement toute la perspective de celui-ci : cessant d'être l'armistice d'un instant dans un conflit d'intérêts opposés, il devient l'instrument juridique d'une collaboration. D'autre part, en se référant expressément à l'article 1134 alinéa 3 du code civil, la jurisprudence insufflé vie à ce texte, désormais pourvu d'une valeur juridique propre, d'une autonomie longtemps déniée.

Le travail réalisé sur l'article 1134 alinéa 3 réalise, pourrait-on dire, le vœu émis par Demogue il y a soixante ans, de concevoir "le contrat moderne d'une façon plus vivante et plus complexe en faisant sortir de l'idée de bonne foi de nouveaux rameaux" (63).

SYNTHÈSE

24 - L'analyse de ces notions indéterminées que sont l'intérêt de l'enfant et la bonne foi, montre que leur mise en œuvre implique une activité de création de contenu. Mais le rôle du juge ne se borne pas à celui d'une autorité d'exécution. Le pouvoir de libre appréciation dont il est investi, se double d'un pouvoir normatif : le juge ne détermine pas seulement la

(58) Demogue, op. cit. n° 3.

(59) Bourges 24/01/1989, jurisdata n° 40026.

(60) Sur ce point, v. M. Vivant et C. Le Stanc, Droit de l'informatique, éd. Lamy, 1986 n° 983 et s.

(61) Ainsi en est-il de l'obligation de sécurité et de l'obligation de renseignement.

(62) J. Mestre, art. cit.

(63) Demogue, op. cit. n° 3.

solution du cas d'espèce, mais également le contenu au fond de la notion qu'il applique. Dès lors, la critique adressée aux standards qui seraient facteurs d'insécurité juridique pour l'interprétation des règles les contenant et supprimerait toute prévisibilité, paraît exagérée.

25 - Affirmer qu'ils ne permettent pas "la perception certaine de la norme de droit, la preuve certaine des faits dont dépend son application et l'exécution certaine de ce qui a été reconnu comme droit" (64), c'est revenir par là même au "mythe de l'adaptation du droit au fait" et nier l'existence de toute politique juridique dans la mise en œuvre de ces notions (65).

Or, les notions floues ont, d'une part, une dimension axiologique certaine ; elles véhiculent une idéologie juridique celle du législateur qui a promulgué la norme à laquelle elles s'intègrent. Leur mise en œuvre, d'autre part, nécessite un jugement de valeur. Celui-ci est le résultat d'un choix opéré par le juge parmi les diverses données de fait mais ce jugement est porté sur les faits et non dicté par eux. Le juge opère un choix parmi les données de l'espèce en sélectionnant celles d'entre elles qui correspondent à sa vision du contenu juridique de la notion floue. L'expression du standard dans la loi indique au juge qu'il lui faudra accomplir une œuvre personnelle en ce sens qu'il ne pourra la couvrir de l'autorité de la loi qu'après avoir ajouté au texte et au sens de celle-ci un certain nombre de justifications venues d'ailleurs (66).

26 - S'agit-il pour autant d'un acte dans l'accomplissement duquel le juge n'a comme référence que sa propre conscience et qui relèverait de l'aléa judiciaire (67) ? La réponse est négative : l'analyse de la jurisprudence a pu montrer que ces notions floues sont circonscrites même si elles subsistent pourtant sous une forme voilée ; on ne peut, en effet, en expliciter le contenu par une définition qui ne comprendrait pas à son tour un standard (68). Tel est le cas de la fidélité, de la loyauté, de la coopération ou même de l'assistance ; ou encore, la référence à "de bonnes conditions d'éducation", aux "conditions matérielles satisfaisantes" ou "à ce que l'on doit normalement attendre d'un cocontractant". Cette création prétorienne de "sous-standards" loin d'accroître l'indétermination du standard textuel, guide les interprètes pour son application.

Ils permettent également au juge de réserver son pouvoir, de ne pas l'épuiser en une formule trop rigide (69) ; par là-même, le juge régit le fait sans l'étouffer, le suit au plus près sans le corseter (70).

La notion floue "n'est en aucune manière le lieu où la rigueur de la loi laisserait la place à une libre discussion sur les exigences de la vie sociale. C'est que, au moment où, ayant été jusqu'au bout de son langage, la loi se tait, un autre langage qui est aussi celui du droit prend le relais : le langage du juge" (71).

(64) J. S. Navarro, art. cit. p. 845.

(65) P. Oriante, art. cit. p. 1065.

(66) P. Oriante, art. cit. p. 1065.

(67) P. Oriante, art. cit. p. 1065.

(68) P. Oriante, art. cit. p. 1066.

(69) S. Rials, op. cit. p. 57, n° 64.

(70) S. Rials, op. cit. p. 51, n° 55.

(71) P. Oriante, art. cit. p. 1067.

FORCE ET LOGIQUE DU DISCOURS

Pour un essai méthodologique de lecture critique

Par

Christiane PEYRON-BONJAN

Docteur en Histoire de la Philosophie, Université d'Aix-Marseille III

L'essence du politique et l'âme du juridique s'expriment à travers le discours : l'administrateur, le législateur, le magistrat doivent toujours alléguer en faveur de leurs décisions de "*bonnes raisons*" (1). Cet "*art de persuader*" (2) nécessite une formation à l'ordre démonstratif, à la preuve ; l'esprit a besoin de règles pour décider de la force et de la droiture de ses raisonnements. Cette conception met l'accent sur l'implantation d'une pensée dans l'esprit à l'aide d'une véritable combinatoire des mots. "*Les mots diversement rangés font divers sens et les sens diversement rangés font différents effets*" (3). Pascal fait référence dans les *Pensées* à un véritable ordre génératif de la pensée, reflet de l'"*esprit de géométrie*", symbole de l'"*esprit de justesse*" et de l'"*esprit de netteté*" (4). Selon cet auteur il y aurait une possibilité d'appropriation de l'art du discours par des préceptes de l'art de penser. "*Ils suffisent seuls, ils prouvent seuls ; toutes les autres règles sont inutiles ou nuisibles*" (5). Pour lui deux remèdes suffisent à qui veut juger juste et raisonner droit : définir tous les termes et prouver toutes les propositions. Ces "*diamants de grand prix*" (5) permettent de conférer à un auteur ses lettres de noblesse : c'est à dire, ces préceptes autorisent à juger d'un propos, "*à sonder comme cette pensée est logée en son auteur, comment, par où, jusqu'où il la possède*".(6)

(1) Perelman "*Logique juridique*", Dalloz, Paris, 1979, p. 6.

(2) Pascal "*De l'art de persuader*", Section II 355 b

(3) Pascal, "*De l'art de persuader*", Section II.

(4) Confer les "*Pensées*" de Pascal.

(5) Pascal "*De l'Art de Persuader*", Section II 358 b.

(6) Pascal "*De l'Art de Conférer*" et aussi "*Logique de Port Royal*" d'Arnauld et Nicole.

Cet apprentissage est fort éloigné de "l'art de convaincre" des sophistes dépeints par Platon comme de véritables négociants de mots. L'agrément de leurs paroles ne sert que l'intérêt du "hic et nunc". C'est pourquoi cet article a pour dessein de parier qu'une "tête bien faite" vaudrait mieux qu'une "tête bien pleine". Suivant en cela les conseils de Pascal et de Montaigne on visera à inventer une **méthodologie de construction de l'art de penser.**

*

I. - LOGIQUE DU DISCOURS

La logique d'un discours quel qu'il soit doit se plier sous les fourches caudines de l'argumentation : justifier ses présupposés théoriques hérités de tel ou tel autre oeil disciplinaire, préciser ses *a priori* et ses cheminements démonstratifs, savoir expliciter d'où il parle, quelle est sa thèse, comment la démontrer. En effet, un juriste ou un politique pourrait-il envisager sérieusement la mise en place de sa pratique, de ses stratégies d'intervention et de ses objectifs sans avoir acquis un embryon de formation à l'argumentation ? Bien des projets éducatifs ne font que ressembler à un kaléidoscope savant où de nombreux intervenants présentent leurs "visions", toutes vraies, toutes différentes, en laissant le soin, combien déstructurant à l'étudiant de découvrir son propre fil conducteur ! Or, la construction de ce "métalangage" (7), c'est-à-dire de ce discours compréhensif et intuitif sur l'ensemble des interventions présuppose l'assimilation synthétique de tout exposé : "la condition préalable à l'application des raisonnements... c'est que quelque chose soit déjà donné à la représentation" (8) et "pour que le raisonnement logique soit doué de solidité, il faut que l'on puisse embrasser ces objets du regard dans toutes leurs parties, et que l'on puisse reconnaître par intuition immédiate, en même temps que ces objets eux-mêmes, comme des données qui ne se laissent plus réduire à quelque chose d'autre, ou qui, en tout cas, n'ont pas besoin d'une telle réduction, comment ils se présentent, comment ils se distinguent les uns des autres, comment ils se suivent ou comment ils sont rangés les uns à côté des autres" (9). Cercle vicieux, aporie guettant tout éduqué !

Or, comme "l'acte de penser est environné d'un nimbe" et que "son essence, la logique représente un ordre suprêmement simple, ordre *a priori* du monde" (10) il semblerait opportun de révéler ce "cristal le plus pur" (10), expérience nécessaire pour tous. Cette "substantifique moelle" (11), condition *sine qua non* de la validité de tout argumentaire, peut être révélée par une certaine méthodologie d'apprentissage de la lecture sous forme d'expérimentation de l'analyse critique. La logique d'un discours ne se régulant par "rétroaction" (12) qu'après ce type d'entraînement.

(7) Métalangage défini comme "Réflexion ou langue intuitives" par Martin dans "Logique contemporaine et formalisation", Epiméthée, p. 23, PUF, 1964.

(8) Martin, *Logique contemporaine et formalisation Epiméthée*, p. 24.

(9) Martin, *Logique contemporaine et formalisation Epiméthée*, p. 25.

(10) Wittgenstein *Tractatus, logicus, philoponicus*, 97, Paris 1961.

(11) Cf. Descartes, *Méditations Métaphysiques*, Pléiade.

(12) Cf. Morin, *La Méthode*.

Spinoza n'aurait pas inventé l'*Éthique* s'il n'avait tenté d'exposer *more geometrico* les *Principes de la philosophie de Descartes* (13), Hegel n'aurait pas écrit la *Phénoménologie de l'Esprit* et découvert la dialectique - thèse, antithèse, synthèse-, s'il n'avait tenté de surmonter les contradictions de l'histoire de la Métaphysique de Platon à Kant... En conséquence, une méthodologie de lecture critique a été mise au point en vue de l'apprentissage par tout étudiant de la logique, car, "de cette dialectique immanente ou vivante des genèses et des structures résulte alors la double impossibilité d'étudier les analyses historico-critiques sans une référence constante aux structures, donc sans un recours aux méthodes d'analyse directe ou formalisante, ni d'étudier les structures par voie directe ou formalisante sans se référer nécessairement à un certain niveau d'élaboration donc sans un appel à quelque perspective historico-critique" (14).

Le caractère de validité des structures peut paraître ne relever que d'une validation, en quelque sorte absolue, puisque assurée par les instruments de l'analyse logique. Car "il existe une histoire des différentes formes de validation et cette histoire ne relève plus de l'analyse formalisante mais de la méthode historico-critique qui remontera de Gödel à Whitehead et Russel, d'eux à Frege Boole et Morgan jusqu'à Aristote" (15).

Selon Piaget, Aristote nous montre le chemin. Il s'agit pour cet auteur d'une recherche traitée par le texte des "*Premiers analytiques*" sur la démonstration comme "*propédeutique à toute science théorique*" et aussi comme "*doctrine de la construction des schémas de raisonnement*" (16). Or, toute démonstration est syllogisme : "*c'est que la démonstration part de données, ou prémisses, absolument vraies, conduisant à une conclusion vraie absolument ; le syllogisme en tant que tel ne fonde que la nécessité conditionnelle de sa conclusion, la vérité des prémisses n'étant qu'assumée*" (16)... "*le syllogisme semble donc bien être un discours déductif dont la nature est strictement formelle, en ce sens que la nécessité de la conclusion ne s'attache pas à son contenu, mais au lien qui la fait dépendre des prémisses*" (16) ... "*il établit un enchaînement entre deux termes par le moyen d'un troisième*" (17).

En ce sens, il semblerait intéressant de préciser les conditions de validité formelle de tout argumentaire, conditions devant être apprises pour l'art de persuader. On appelle "*formelle*" la logique qui s'occupe uniquement de notre façon de penser sans tenir compte des objets particuliers sur lesquels cette pensée s'exerce. En ce sens, la logique aristotélicienne est bien une analyse des formes de la pensée : "*cette dénomination lui convient*" (18).

Afin d'explicitier la logique essentiellement démonstrative, l'idée importante serait de repérer dans l'expérience de la lecture d'écrits, une méthodologie radiographiant la *forme* abstraction faite du contenu, décelant

(13) Cf. Christiane Peyron-Bonjan "*Genèse d'une illusion : la création divine*", thèse 1983, Aix.

(14) Piaget, dans "*Logique et connaissance scientifique*", La Pléiade, 1976, p. 131.

(15) Piaget "*Nature et Méthodes*" dans "*Logique et connaissance scientifique*", La Pléiade, p. 128, 1976.

(16) Granger G.G., *La théorie Aristotélicienne de la Science*, Col. Analyses et raisons, Aubier, 1976, p. 109.

(17) Aristote "*Premiers Analytiques*" 34 à 17, 53 b 19, cité par Granger, p. 109.

(18) Lukasiewicz Jan, *La syllogistique d'Aristote*, Ed. Colin, 1972, p. 31-32.

la pertinence des enchaînements et des preuves, par voie de conséquence notifiant l'impact du "dia" (19) emportant l'adhésion nécessaire. Or, pour qu'un juriste ou politique convainque, il faut qu'à partir de ses soubassements postulés tout discours s'enchaîne selon une implication nécessaire, selon une déduction inéluctable : *"l'importance de la logique réside avant tout dans l'implication... des techniques sont nécessaires pour montrer, étant donné deux énoncés, que l'un implique l'autre ; en ce fait consiste la déduction logique"...* et *"l'inférence logique conduit de prémisses énoncés assumés ou admis - à des conclusions dont on peut décider sur des bases purement logiques qu'elles sont vraies"* (20). Le déroulement implicatif du texte ou du discours témoignera en son âme et conscience du vrai si la déduction est validée et du faux si elle ne l'est pas ; d'où la nécessité de doubler les requisits éventuels de tout processus démonstratif de l'entraînement à la lecture critique, véritable radiographie logique de tout discours.

*

II. - RADIOGRAPHIE D'UN DISCOURS

ARCHITECTONIQUE LOGIQUE

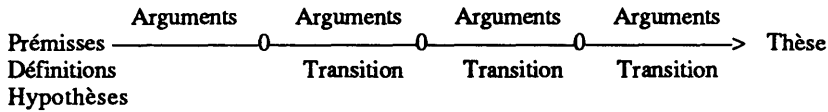
Tel le squelette radiographié grâce à un appareil de logique formelle, tout discours cherchant à prouver une thèse quel qu'en soit le contenu est validable ou pas. Là l'importance de l'acquisition de la logique dans le *curriculum* de toute formation. S'auto-validera-t-il ou devra-t-il régénérer une autre argumentation ? Certes, le locuteur a tous les droits : il peut conserver comme "prémisses" ou "**présupposés théoriques**" ce qui convient à son oeil "disciplinaire", "interdisciplinaire" ou "métadisciplinaire" selon son adhésion à l'analytique cartésienne, au structuralisme ou au systémique. Il peut dire librement son système de valeurs et de représentations du monde : politique, économique, éthique, somme toute idéologique et culturel. Il peut formuler les hypothèses de son choix inventées par son imagination. Il peut aussi octroyer les "**définitions**" conceptuelles héritées de son système de références. Il peut inventer les "**arguments**" ou "**moments argumentaires**" enchaînés par les "**transitions**" dans l'ordre logique de son désir dialectique. La liberté de choix du locuteur est absolue en ce qui a trait aux prémisses, définitions, hypothèses, systèmes de réflexion - analytique, structurale ou systémique-. Au demeurant, il n'a jamais aucun droit sur l'implication nécessaire de sa "**thèse**". Elle est ou elle n'est pas !...

Seule la radiographie du discours de là où il parle -prémisses, *a priori*- vers là où il dit -thèse- dessinera la trame de sa légitimité. La thèse du juriste ou du décideur a-t-elle été déductivement impliquée ? L'architecture révélant l'ossature et les articulations-chaînons d'implication est-elle habilitée à expliciter l'inférence de la vérité de la déduction finale ? Les liens logiques des transitions justifient-ils vraiment cet ordre démonstratif ou pas ?

D'où l'idée d'une architecture : **structure minimale** de la potentialité d'un discours à son achèvement logique.

(19) C'est-à-dire "*Passant à travers*" à l'aide du discours.

(20) Dans Willard, V.O. Quine traduit par Clavelin, *Méthodes de logique*, A. Colin, p. 14.



Des **architectoniques plus complexes** que le schéma minimal peuvent exister ; elles sont alors agrémentées de **notions supplétives** tels les exemples, les corollaires, les parenthèses...

Ces notions sont dites **supplétives** en ce sens où : en premier lieu, l'illustration d'un mouvement démonstratif peut apparaître ou pas mais ne justifie en rien la déduction de la thèse ; en second lieu, le corollaire d'un moment argumentaire peut exister ou pas sans être condition *sine qua non* de la conclusion ; en troisième lieu, une parenthèse peut être incluse ou pas dans le discours sans valider en rien sa légitimité.

Il faudrait aussi noter un autre ordonnancement possible d'un texte, type dit *a contrario*, composé de contre-arguments, contre-exemples... impliquant la déduction de l'impossibilité de la thèse adverse ; seulement cet ordre moins puriste permet seulement l'inférence de la thèse contraire pas sa nécessité : logique déductive, somme toute, plus faible mais fort prisée pour les controverses (21).

Les étudiants devraient donc être familiarisés avec la complexité d'organisation de tout discours afin de pouvoir repérer dans leurs textes ou dans ceux des autres auteurs les "**articulations formelles**" et de les décoder en dénominations logiques : présupposés théoriques, définitions, hypothèses, arguments, transitions, exemples, corollaires, parenthèses, thèses... Mais ils devraient aussi s'obliger à appliquer systématiquement une méthodologie de lecture critique de tout écrit ou d'écoute critique de toute parole.

*

ENTRAÎNEMENT À LA LECTURE CRITIQUE REPÉRAGE DES FAILLES LOGIQUES

Savoir repérer afin d'être "lecteur" là où sont les failles logiques d'autres textes, c'est l'apprentissage pour le formé de la construction *a posteriori* de sa propre pensée et la découverte de la validité de cette dernière par voie "*réroactive*" (22).

Comment apprendre la méthodologie de la lecture formelle d'un discours ?

1°) entrer dans le texte en toute fidélité, c'est-à-dire respecter les prémisses de l'auteur et ne jamais remettre en question ses choix référentiels à savoir, accepter ses hypothèses, ses définitions et ses présupposés théoriques - systèmes de valeurs, références à d'autres théories, problématiques, ... ;

(21) Nous ne reprendrons pas la classification du professeur Tarello cité par Perelman dans "*Logique juridique*", p.55, Dalloz, Paris 1979, car cette classification est une typologie des arguments juridiques et non des mouvements démonstratifs.

(22) Cf. *La Méthode*, Edgar Morin.

2°) lire la trame des chaînons d'implications et, à partir de là, voir les ruptures si elles existent. Là est l'enjeu de la lecture critique interne, outil régulateur sans précédent de l'appréhension des textes et selon une "boucle régulatrice", outil fondateur de la construction de la pensée.

Deux voies peuvent être exploitées pour le repérage des failles : l'une générale, l'autre plus spécifique.

La lecture critique interne générale s'intéresse à la visualisation globale de l'enchaînement-déductif. Le lecteur se pose la question suivante : la succession de la structure suffit-elle à démontrer la thèse et implique-t-elle nécessairement cette affirmation conclusive ?

Si sa réponse est négative, il doit alors expliciter les chaînons ou arguments logiques manquants. Par cette approche il peut, soit défendre un texte ou un dossier, soit le combattre.

La lecture critique interne détaillée est une radiographie différente ; elle examine chaque moment logique du texte de manière plus particulière. Elle s'interroge comme suit : l'argument est-il réellement un argument nécessaire pour amener la thèse de l'auteur ? La transition est-elle un chaînon valide entre tel moment du discours et tel autre lui succédant ? Le corollaire indiqué est-il à juste titre impliqué par ce qui précède ? L'exemple est-il une illustration performante ?...

Lorsque les réponses à ce type de question sont négatives, le lecteur doit indiquer les raisons de ses invalidations. Là se résume tout l'objet de la lecture critique interne détaillée. Lecture qui enrichira de ses remarques le pour ou le contre et permettra l'élaboration du plaidoyer ou de la contradiction.

En conséquence, par un entraînement intensif des étudiants à la lecture critique, on obtient l'apprentissage de la **construction-déconstruction-reconstruction**, des visions-révisions permanentes de la pensée logique. On leur permet d'utiliser "*des concepts rigoureux sans les dépouiller de leur rigueur*" (23). On leur présente par cet essai méthodologique un codage-décodage critique de repérage formel, seule certitude de la possibilité d'adhésion des récepteurs de leur discours : art de l'argumentaire, force de la persuasion, logique de la controverse sans lesquels il n'est pas d'autonomie juridique et politique. Cette **autonomie constructive et dynamique** de leur pensée.

(23) G.G. Granger, "*Essai d'une philosophie du style*", p. 210.

BIBLIOGRAPHIE

ARNAULD et NICOLE,
Logique de Port Royal

DESCARTES,
Méditations Métaphysiques, Pléiade, 1978.

GRANGER G.G.,
- La théorie aristotélicienne de la science, Collection Analyse et raisons,
Aubier, 1976.
- Essai d'une philosophie du style, Collection A. Colin, 1968.

LUKASIEWICZ J.,
La syllogistique d'Aristote, Col. Colin, 1972.

MARTIN R.,
Logique contemporaine et formalisation Epiméthée, PUF, 1964.

MORIN E.,
La méthode, I, Points, Seuil, 1977

PASCAL,
- Pensées, Gallimard, 1977
- De l'Art de Persuader (fragments)

PERELMAN,
Logique Juridique, Dalloz, Paris, 1979

RECUEIL D'ARTICLES:
Logique et connaissance scientifique sous la direction de Piaget, La
Pléiade, 1978.

TARELLO,
Sur la spécificité du raisonnement juridique, Steiner, Wiesbaden, 1972

WILLARD O. QUINE,
Méthodes de logique, Col. A. Colin, 1973

WITTGENSTEIN,
par Gilles-Gaston Granger, Seghers, 1969

WITTGENSTEIN,
Tractatus, Logicus, Philosophicus, Paris, 1961

R.R.J. 1991-3

Pages 777 à 837

- III -

DROIT PÉNAL

**LA RÉTROACTIVITÉ "IN MITIUS" :
L'APPLICATION D'UN PRINCIPE
À VALEUR CONSTITUTIONNELLE
DANS LA JURISPRUDENCE CRIMINELLE EN
MATIÈRE ÉCONOMIQUE**

Par

Lakhdar BOUMAZA

*DEA de droit public interne
Chargé de Travaux Dirigés à l'Université d'Aix-Marseille III*

SOMMAIRE (*)

INTRODUCTION

TITRE I - LES DEGRÉS DANS L’AFFIRMATION DU PRINCIPE DE LA RÉTROACTIVITÉ "IN MITIUS"

CHAPITRE I - Une réalité sur le plan interne

Section I - Les données du problème à travers les conceptions doctrinales

Section II - Un principe à valeur constitutionnelle

Section III - Le domaine d'application

Section IV - Un principe constitutionnel face à un législateur fort de ses compétences

CHAPITRE II - Une fiction sur le plan international

Section I - Une subsidiarité effective du PIDCP

Section II - L'inapplicabilité exprimée de la CEDH

TITRE II - LES DIFFICULTÉS RELATIVES À LA MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE DE LA RÉTROACTIVITÉ "IN MITIUS"

CHAPITRE I - D'un rejet de la rétroactivité "in mitius" en matière économique

Section Préliminaire - Le contexte politique, économique et juridique

Section I - Une jurisprudence décidée

Section II - Une doctrine unanime sur la finalité mais partagée sur le fondement

CHAPITRE II - Vers une harmonisation de la jurisprudence criminelle

Section I - La rétroactivité "in mitius" dans un cadre théorique

Section II - La rétroactivité "in mitius" à travers la loi du 25.01.1985

Section III - La rétroactivité "in mitius" à travers l'ordonnance du 1.12.1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence

CONCLUSION

(*) La première partie de cet article a été publiée dans le numéro 1991-2 de la Revue de la Recherche Juridique.

TITRE II - LES DIFFICULTÉS RELATIVES À LA MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE DE LA RÉTROACTIVITÉ "IN MITIUS".

S'il est un domaine où le principe de la "lex mitior" ne rencontre pas de difficultés majeures, c'est celui du droit pénal classique. Constitué par l'ensemble des règles juridiques qui organisent la réaction de l'État vis à vis des infractions et des délinquants, il vise essentiellement les atteintes contre les biens, les personnes les mœurs et la famille qui sont les éléments les plus importants de notre société et pour lesquels, un droit criminel de base a été institué. Sur ce point, la Chambre criminelle de la Cour de cassation fait toujours bénéficier au prévenu de la faveur de la loi pénale plus douce (Crim 20.04.1982, Pauletto BC n° 99, à propos d'une affaire de viol).

Toutefois, on assiste depuis quelques années à une complexité croissante du droit où la matière pénale n'est pas ignorée par ce mouvement. L'apparition de branches nouvelles marque un certain degré d'autonomie par rapport au noyau dur.

Pour l'étude qui nous intéresse, nous citerons le droit pénal des affaires qui traite des banqueroutes, des escroqueries, des abus de confiance ou de biens sociaux. Plus largement, nous envisagerons la matière économique pour laquelle il existe des particularismes corollaires de l'autonomie. Ils se caractérisent par leur objet, correspondant à des centres d'intérêts propres, concernent des individus particuliers : des consommateurs, des commerçants, des travailleurs, des délinquants internationaux, non des citoyens quelconques (J. Pradel, "Droit pénal général", Édition Cujas 1990, p. 67, n° 52).

C'est dans ces conditions que l'on rencontre des difficultés pour mettre en œuvre les techniques et principes applicables au droit pénal général. Il en a été ainsi, plus particulièrement de la règle de la "lex mitior" qui en matière économique faisait échec à son application (Chapitre I). Toutefois, cette situation n'est pas restée indéfiniment figée, et, on a pu constater une certaine évolution notamment de la jurisprudence criminelle commençant à appliquer le principe de la rétroactivité des lois nouvelles plus douces.

L'influence de la jurisprudence constitutionnelle n'est pas demeurée étrangère à ce mouvement. Mais, elle ne s'est pas fait ressentir de manière absolue. Cela est dû au pouvoir jurisprudentiel dont s'est doté le juge pénal lorsqu'il a affaire à des situations touchant au droit pénal économique, lato sensu. Ce faisant, la Chambre criminelle a donné à la "lex mitior" une structure telle, qu'on peut véritablement se demander si on ne va pas vers une harmonisation de la jurisprudence criminelle (Chapitre II).

CHAPITRE I - D'UN REJET DE LA RÉTROACTIVITÉ "IN MITIUS" EN MATIÈRE ÉCONOMIQUE...

La spécificité de la matière, conjuguée aux circonstances économiques, politiques et sociales des périodes de guerre, ont été les facteurs déclenchants du refus d'appliquer ce principe, terre d'élection du droit pénal général (Section préliminaire). Ce mouvement d'hostilité s'est manifesté d'une double manière. D'une part, les juridictions répressives ont écarté cette règle en matière de taxation de prix, surtout lorsqu'intervenaient des textes

nouveaux, soit qui abrogeaient une incrimination, soit qui prévoyaient des pénalités plus douces. Ainsi, la règle de la "lex mitior" s'est trouvée mise en échec par une jurisprudence décidée (Section I).

D'autre part, un certain nombre d'auteurs, ont été amenés à traiter de la question. Unanime sur la finalité, mais partagés sur le fondement, la doctrine n'admettait pas l'application des lois pénales plus douces en matière économique, pour des faits incriminés non définitivement jugés (Section II).

SECTION PRÉLIMINAIRE : LE CONTEXTE POLITIQUE, ÉCONOMIQUE ET JURIDIQUE

Les périodes couvrant les conflits armés sont toujours l'occasion et le terrain d'une activité législative intense. La guerre, l'occupation ont fait passer la France d'un régime libéral extrêmement large à un régime qui, sans être un régime de police, n'en a pas moins enserré l'activité de chacun dans le réseau d'une foule de dispositions législatives de plus en plus compliquées et de plus en plus abondantes. Et comme il fallait contraindre les citoyens, qu'une longue tradition libérale rendait assez peu enclins à se soumettre à des mesures peut-être nécessaires, mais sûrement gênantes, à respecter les normes posées par le législateur pour réglementer les activités particulières dans les conjonctures exceptionnelles, le droit pénal a vu son domaine s'élargir de façon considérable.

C'est surtout en matière économique, et pour des raisons faciles à comprendre, que la réglementation a été la plus abondante et la plus précise. Et l'on peut dire que le droit pénal s'est ainsi annexé un domaine nouveau. Pour assumer cette situation, le législateur de l'époque utilisait deux types de textes. D'une part, les lois de circonstances, qui sont des dispositions ayant pour but de réglementer une situation essentiellement passagère. Cette réglementation est par nature même, provisoire, et elle sera appelée à être modifiée ou supprimée selon les changements survenus dans la conjoncture qui la commande.

D'autre part, les lois temporaires où le législateur a pu prévoir le terme à l'expiration duquel sa législation ne présentait plus d'utilité sociale.

Ainsi, des actes ou des comportements licites sous l'empire de l'ancienne réglementation devenaient des contraventions ou délits par l'adoption de nouveaux textes les faisant retomber dans la sphère de la légalité. Mais compte tenu de l'inflation législative et de la nature éphémère de ces textes, le juge pénal devait résoudre le problème de l'application, aux faits délictueux antérieurs, des lois nouvelles plus douces. Le droit pénal, qui suit la vie, repense l'un des principes qui, depuis plus d'un siècle, apparaît comme l'une des normes fondamentales les plus définies et les mieux assurées (Vienne R., "Le principe de la rétroactivité in mitius doit-il être considéré comme absolu ?" JCP 1947 I n° 618).

SECTION I - UNE JURISPRUDENCE DÉCIDÉE

Pendant les périodes couvrant les deux guerres mondiales, de nombreuses dispositions sont intervenues pour fixer le prix de certaines denrées ou marchandises. Toute majoration de prix constituait un délit, alors nouveau, de hausse illicite. Mais la taxation était soumise à des fluctuations diverses. Concrètement, la question s'est posée en jurisprudence, de savoir si,

lorsque, pour un produit donné, la réglementation des prix avait été supprimée, cette suppression devait, conformément au principe de la "lex mitior" entraîner la relaxe du prévenu non encore définitivement jugé. Relative à cette interrogation, la jurisprudence criminelle a apporté des réponses claires quant au contenu de décisions refusant la rétroactivité "in mitius" aux contrevenants.

Ce résultat n'a pu être obtenu qu'en utilisant certaines méthodes (I). Il n'en demeure pas moins qu'une telle rigueur dans les solutions du juge, se trouvait quelque peu justifiée (II).

I - Les méthodes du juge pénal

De même que pour les dispositions concernant les matières fiscales et douanières, les tribunaux ont fait preuve d'ingéniosité pour écarter la loi nouvelle plus douce, et faire échec, à la rétroactivité "in mitius" en matière économique (Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, op. cit. n° 258). Le juge pénal a pu parvenir à ses fins sans porter atteinte aux grands principes qui gouvernent le droit pénal, et ce en ayant recours à des procédés de techniques juridiques issus de ces rangs.

Le procédé le plus ancien et plus simple, consiste à garder le délinquant dans les lieux où la prévention en relevant contre lui, non pas l'incrimination abrogée, mais une inculpation toujours en vigueur. Dans un arrêt du 23.04.1920 (BC n° 337), la Chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé que "la vente à un prix supérieur à la taxe d'un produit qui depuis les faits a cessé d'être taxé peut constituer un délit de spéculation illicite toujours exprimée".

Un deuxième procédé plus extensif a vu le jour en jurisprudence, toujours dans le domaine de la réglementation des prix. Il s'agissait dans ces conditions d'apprécier le contenu et l'impact du texte nouveau par rapport à la réglementation ancienne. Suivant la volonté des pouvoirs publics, le juge pénal donne à ces normes l'efficacité répressive qui lui est due. Si, dans un premier temps, la Cour de cassation opère une distinction entre la modification et la suppression de la taxation pour refuser ou pour admettre la "lex mitior". Avec la deuxième guerre mondiale, la Chambre criminelle suivant les juridictions du fond (Colmar, 23.05.1946, GP 1946.2 p. 55) a consacré la survie de la loi ancienne, sans distinguer désormais selon la nature de la modification ordonnée par le législateur (Crim 11.05.1948, JCP 1948 II n° 4434).

Dans le domaine fiscal et douanier, on retrouve cette même hostilité des juridictions judiciaires à faire application de la loi nouvelle plus douce (Cass. Crim 11.03.1940, *Dalloz* 1940 I p. 52 ; *Rapport Dreyfus* : en matière douanière ; Cass. Crim 15.12.1953 BC n° 337, p. 591).

Globalement, cette opposition jurisprudentielle mérite quelques observations tendant à rechercher si de telles solutions rigoureuses ne se justifient pas.

II - Une solution justifiée

D'une part, il semblerait qu'une telle construction prétorienne ne demeure injuste compte tenu des circonstances économiques de l'époque où la nécessité a voulu que les pouvoirs publics interviennent en ces différents domaines économiques. Il en résulte un enchevêtrement de textes se modifiant, se complétant, s'adaptant, s'abrogeant l'un l'autre. On comprend dès lors, les ressources qu'offrent une telle législation à ceux qui veulent gagner le maquis de la procédure et qui, par des actes dilatoires, attendront l'expiration du terme de la loi ou du règlement ou la suppression imminente de l'incrimination pour bénéficier de l'impunité (Vienne R., JCP 1947 op. cit.).

D'autre part, il s'agit de faire échec au comportement répréhensible des opérations du secteur réglementé qui, imitant ceux du secteur libre, suivent leur courbe des prix. Ceci oblige à augmenter sans cesse le prix de la taxe et, dès lors le contrevenant ne serait plus punissable au regard de l'ancien texte. Cette considération rend encore plus choquante l'application de la "lex mitior" à la matière. Par là-même, on paralyse les entreprises délictueuses fruit d'une nouvelle délinquance dans le monde du commerce et des affaires, tout en essayant d'instaurer une certaine moralité dans les comportements économiques.

Si on se place non plus en période d'application de la législation économique exceptionnelle, mais après sa suppression complète, lorsque le retour à une situation normale aura permis celle-ci. Il est important à ce niveau là, de concilier des notions telles que la répression d'un côté, la justice et l'équité de l'autre, qui sont les fonctions essentielles du droit criminel. Dans notre contexte, il s'agirait de savoir s'il ne serait pas injuste de prononcer une peine contre ceux qui se sont efforcés, par leur action de rendre plus délicate la répartition équitable des produits, et, par voie de conséquences, un retour à un régime normal de liberté économique (ibid).

A cela, la juridiction judiciaire a su faire entendre sa voix en direction de tous les opérateurs économiques en leur refusant l'application de la loi nouvelle plus douce. Il reste à envisager les différentes conceptions doctrinales qui ont abordé la question et ce nonobstant, l'unanimité sur l'objectif de rejet.

SECTION II - UNE DOCTRINE UNANIME SUR LA FINALITÉ MAIS PARTAGÉE SUR LE FONDEMENT

Sans revenir sur les motivations répressives qui ont entouré ses décisions de justice, la question a suscité de la part de certains auteurs de nombreuses interventions doctrinales. Ces dernières tendent essentiellement d'apporter une explication à ce rejet de la rétroactivité "in mitius" en matière économique. Ainsi, les éléments de réflexion générés par chaque courant de pensée permettra de mieux appréhender les difficultés qui gravitent autour de la question principale. Toutefois, la description et la critique du cadre scientifique de l'époque demeure un passage obligé pour tenter de résoudre et de mieux comprendre cette même problématique, mais replacée dans un contexte contemporain, économiquement et juridiquement différent. Somme toute, il s'agit de rechercher si dans l'analyse ancienne, les composantes sont en mesure d'apporter des éclaircissements sur la mise en œuvre du principe de la rétroactivité "in mitius" dans notre système de droit actuel. Dans le cadre de

cette étude, il ne s'agit pas de rendre compte de l'ensemble des auteurs qui ont abordé la question. Mais plutôt d'envisager les conceptions doctrinales les plus significatives pouvant servir d'éléments de référence dans la recherche juridique.

Certains auteurs font ressortir la particularité du droit pénal classique par rapport au droit criminel économique, en distinguant les lois pénales, des lois extra-pénales (I). Par contre, d'autres commentateurs s'attachent à opposer les "dispositions-but" et les "dispositions-moyen", qui ressuscitent la vieille opposition entre délits naturels et délits artificiels (II).

I - La rétroactivité in mitius et la distinction loi pénale et loi extra-pénale

Pour mieux appréhender l'ensemble de de la question, nous envisagerons successivement : le contenu de la théorie (A), puis nous procéderons à un examen de celle-ci pour en dégager les éléments les plus critiquables (B)

A) Le contenu de la théorie

Les auteurs de cette analyse partent du postulat suivant : l'article 471 § 15 du Code pénal (actuellement art R15.26 du même Code) sanctionne d'une amende de 50 à 3000 Francs les contraventions aux règlements pris par les autorités administratives en vertu de la loi municipale du 5.04.1884. Ce texte véritable loi de blanc seing édicte une peine, mais s'en remet à l'autorité administrative du soin de créer, dans le cadre prévu par lui, les incriminations. De là, il semblerait que cette même règle doive s'étendre à la réglementation des prix qui présente à première vue les mêmes caractères juridiques que les arrêtés municipaux édictent dans le cadre de l'article 471.15 précité (J. Vassogne et Ph. Souleau, "Les arrêtés de taxation ont-ils un effet rétroactif" G.P 1946, Doctrine p. 74). Pour cela ils se fondent sur l'ordonnance du 30.06.1945 créant l'infraction de majoration illicite et prévoyant les éléments constitutifs du délit, mais s'en remet aux autorités subordonnées afin de fixer les prix maxima.

Mais pour MM. Vassogne et Souleau, les deux sont différentes. En effet, alors que l'arrêté pris dans le cadre de l'article 471 crée une infraction qui est l'inobservation des prescriptions énoncées par lui, l'arrêté de taxation se borne au contraire à fixer le prix légal d'une marchandise ou d'un service à un moment donné sans aucunement envisager les contraventions à cette tarification : le premier de ces arrêtés, qui fixe une incrimination, est un texte d'essence pénale; le deuxième qui fixe seulement un prix, mais ne prévoit ni incrimination, ni peine, demeure étranger à la législation répressive et ressortit exclusivement à la réglementation économique (GP 1946 op. cit. p. 75).

Dans ces conditions, on arrive à la solution finale suivante : le principe de la rétroactivité "in mitius", s'il est valable pour la loi pénale, reste absolument étranger à la loi extra-pénale (ibid). Donc, en matière économique, si les ordonnances du 30.06.1945, qui définissent les infractions de hausse illicite, édictent les peines applicables, sont d'essence pénale, il n'en est pas de même des arrêtés relatifs aux prix dont le caractère extra-pénal n'est pas contestable et qui, au cas d'abrogation, demeurent en conséquence "étranger" au principe de la "lex mitior". On signalera que cette thèse

doctrinale n'est que le reflet d'un mouvement jurisprudentiel qui s'est dessiné à partir de certaines décisions de juridictions de première instance et d'appel (Tribunal correctionnel de la Seine, 12ème Ch. économique 5.11.1946, GP 1946 II p. 226 ; Cour d'appel, 12.12.1946 et Cour d'appel d'Orléans, 13.06.1947, Dalloz 1947 J p. 452, observations Jeantet). Les arrêts rendus sont assez explicites pour ne pas reproduire le considérant de principe. "les arrêtés ministériels de taxation, ne créant aucune peine et incrimination n'ont pas le caractère de textes pénaux" (Cour d'appel d'Amiens et d'Orléans précités).

De plus, ces arrêts rapportés appuient leurs décisions sur des motifs complémentaires. Ils sont inspirés par la nécessité de lutter contre la spéculation et le marché noir, et d'éviter les conséquences des mesures dilatoires prises par les plaideurs. En outre, la Cour d'Orléans reprend à son compte la fameuse formule de la Cour de cassation "pris sous l'influence de nécessités économiques variables, chacun des arrêtés ne dispose que pour l'avenir, laissant aux arrêtés antérieurs leur force obligatoire pour leurs périodes respectives d'application". Une telle démonstration n'en emporte pas pour autant une totale adhésion dans la mesure où elle peut faire l'objet de quelques critiques.

B) Une conception critiquable

Concernant la démarche originelle, on peut tout d'abord objecter, comme le signale le jugement du tribunal correctionnel de la Seine, que "la législation économique constitue un ensemble" (GP 1946 II p 226 op. cit.). Dans ces conditions, la hausse illicite résulte non seulement de la conjonction de l'ordonnance du 30.06.1945 qui l'établit et la réprime, mais aussi des arrêtés de taxation qui la définissent. En effet, il semble parfaitement illogique de séparer ces deux éléments d'une même incrimination. A plus forte raison, comment prétendre qu'un arrêté qui rend la liberté aux transactions sur un produit et supprime toute taxe n'est pas d'essence pénale, puisqu'il interdit à l'avenir toute poursuite pour hausse illicite sur la marchandise ou service considéré. (Vienne, "Le principe de la rétroactivité in mitius doit-il être considéré comme absolu" JCP 1947, doctrine, n° 618).

De plus, se référant au caractère hiérarchique des actes normatifs, on ne peut manquer de souligner que cette distinction des lois pénales et extra-pénales serait non seulement illogique mais paradoxale dans la mesure où elle conduirait à admettre la rétroactivité des lois pénales plus douces lorsque celles-ci seraient directement l'œuvre du législateur, alors que les prix fixés par arrêtés administratifs ne seraient pas soumises à cette rétroactivité (Jeantet, note sous les arrêts des Cours d'appel d'Amiens et d'Orléans, Dalloz, op. cit., p. 454). Poussons un peu plus loin le raisonnement, en s'attachant à la nature juridique des arrêtés de taxation et celles des arrêtés administratifs sanctionnés par l'article 471 § 15 du Code pénal. Dans un cas comme l'autre, le législateur donne à l'autorité administrative, le pouvoir de réglementer sous menace d'une peine. Si à l'origine, les deux situations sont différentes, en réalité, la différence apparaît comme purement formelle et ne pouvant entraîner la distinction substantielle proposée (Vienne, JCP 1947, op. cit., p. 618 § 7). La distinction est factice, car elle est fondée uniquement sur les termes employés par le législateur. Si celui-ci au lieu de qualifier le délit de

hausse illicite et de définir celle-ci comme la violation des arrêtés de taxation avait directement assorti d'une peine cette violation, le résultat pratique aurait été exactement semblable (ibid). C'est pourtant sur cette simple différence de forme, qui n'implique aucune intention du législateur que les auteurs se sont appuyés pour créer une distinction entre deux hypothèses qui, au fond, sont exactement semblables.

Il est nécessaire de rétablir une certaine cohérence dans la démarche scientifique suivie par ces commentateurs. Elle ne rend pas compte du réalisme juridique s'attachant à la question des relations que les textes normatifs peuvent entretenir entre eux surtout lorsque certains sont empreints d'un dosage répressif. S'il est vrai que les arrêtés de taxation ne sont pas de nature pénale parce qu'ils ne créent ni peine, ni incrimination, il n'en demeure pas moins que la pratique des prix illicite n'est rien d'autre que la violation du prix fixé par arrêtés (ordonnance du 30.06.1945 art 35.1), c'est-à-dire la violation d'un règlement. Il apparaît donc qu'il n'y aucune différence entre les arrêtés pris en vertu de la législation économique des prix et ceux pris en vertu de l'article 471.15 du Code pénal aux termes duquel sont punis "ceux qui auront contrevenu aux règlements légalement faits par l'autorité administrative". Dans les deux cas, il dépend également du règlement que l'infraction existe ou n'existe pas. Le rôle du règlement est particulièrement important dans la législation des prix, puisqu'il détermine l'élément essentiel de l'infraction, celui en fonction duquel toute cette législation est faite, le prix licite.

Ainsi, on ne peut prétendre, après cela, que l'un des règlements, celui qui est pris en vertu de l'article 471.15 auquel la Cour de cassation applique le principe de la rétroactivité "in mitius" (Cass. Crim. 23.09.1929, BC n 108) crée une incrimination, tandis que l'autre, celui qui est pris en vertu de la législation, n'en créerait aucune (Jeantet, Dalloz 1946, op. cit., p. 454).

Au terme, de ces quelques développements, on ne manquera pas de souligner la faiblesse du raisonnement doctrinal qui n'a pris en considération qu'un cas limite et isolé pour fonder toute la démonstration. De plus, en l'absence de circonstances économiques exceptionnelles, la jurisprudence criminelle n'aurait peut-être pas eu la même dynamique restrictive quant à l'application de la "lex mitior".

Les auteurs se sont axés uniquement sur les arrêtés de réglementation des prix pour défendre cette distinction normative. Mais cela ne rend pas compte de l'ensemble des situations juridiques du secteur économique lato sensu. Certains domaines du droit des affaires n'ont pas été abordés alors qu'ils représentent une part importante du droit pénal économique : banqueroute, abus de confiance, faillite, délit de malversation, etc ... Une telle carence ne permet pas d'envisager cette conception comme explicative du refus de la part de certaines juridictions d'appliquer la "lex mitior". La distinction loi pénale et loi extra-pénale demeure limitée à la réglementation des prix dont les circonstances économiques de l'époque restent le facteur déterminant dans la motivation des juges. L'évolution jurisprudentielle ne répond plus à cette vision qui est limitée matériellement et dépassée juridiquement. Il reste que ce problème des lois extra-pénales suscite un intérêt doctrinal chez certains auteurs spécialistes de droit pénal.

Ainsi pour MM. Merle et Vitu, favorables à l'extension des textes extra-pénaux, le droit criminel sanctionne en effet, dans une large mesure, des

prescriptions de loi civile (entendue au sens large) : par exemple, en punissant le vol, la bigamie, le faux monnayage, il apporte au droit civil de la propriété de la famille ou des contrats, l'appui de ces techniques propres (Traité de droit criminel, Cujas 1989, op. cit. n° 257). Pour ces mêmes auteurs, si une loi décide que le contrat de dépôt doit désormais être passé en forme authentique, il serait choquant d'en conclure que la violation antérieure des dépôts fait par des actes sous seing-privé ne sera plus atteinte par les dispositions sur l'abus de confiance (ibid). Dans ces conditions, seules les lois pénales se verraient appliquer les règles du droit pénal transitoire. Tout le problème revient alors à distinguer la loi criminelle de la loi civile.

A cet effet, on reprendra les critères proposés par l'allemand Kolhrausch qui paraissent être les plus satisfaisants ("Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft XXIII p. 41 et suivantes" cité par Merle et Vitu, Traité de droit criminel, op. cit. p. 344 n° 257). Ainsi, la loi proprement pénale est celle qui a pour objet direct de créer des incriminations, de prévoir des pénalités, c'est-à-dire d'organiser la protection pénale de certains biens. Par contre, la loi civile a trait à des matières civiles, commerciales et économiques : elle organise les réglementations juridiques applicables aux personnes, aux biens, aux contrats, et elle confère à ces personnes, ces biens, ou ces contrats, certaines qualités ou certaines propriétés juridiques. Elle a parfois des incidences pénales, quant elle définit des notions ou précise des propriétés juridiques dont le droit pénal fait indirectement dépendre la répression mais elle n'est pas directement pénale.

Enfin, concernant le renouveau doctrinal de cette théorie, développée par MM. Merle et Vitu, on ne manquera pas de faire quelques remarques. On peut reprocher à une telle conception de ne pas suffisamment prendre en compte l'évolution du droit criminel de "base" dans la société française. Il est vrai que le droit pénal classique demeure le noyau du système répressif. Mais tel qu'il a été conçu, pour répondre à des besoins de protection minimum, celui-ci ne reflète plus, d'une certaine manière, toute la structure et tous les besoins du groupe social. En effet, dans une société libérale où le secteur économique reste l'un des aspects fondamentaux du mécanisme politique, on comprendra, dès lors, qu'une législation soit adaptée à l'ensemble de ce domaine. Le corollaire de cette sectorisation disciplinaire est la mise en place d'un ensemble de textes prévoyant l'incrimination de comportements jugés répréhensibles dont les sanctions pénales viendront assurer le respect.

La question, qui se pose alors, est de savoir comment va se faire la repartition entre la législation pénale et la législation économique dont le caractère technique ne fait plus aucun doute. Comme le remarque le professeur Devèze, en se penchant sur la structure des normes, on observe que les textes purement pénaux, ceux qui édictent à la fois l'interdiction et la sanction, voient leur nombre décroître, même dans le Code pénal, car la peine est souvent fulminée par un texte différent de celui qui porte l'incrimination ("De la diversité du droit pénal de l'entreprise : bilan d'un particularisme"-colloque sur "Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise", Collection "Le point sur" *Économica*, p. 19).

Ici, il est question de la méthode du renvoi selon laquelle la loi pénale porte seulement l'incrimination et la sanction, l'obligation dont le non respect est sanctionné, résulte d'un texte différent, une autre disposition de la loi (article 487 de la loi du 24.07.1966 renvoie aux articles 402 et 418), un

décret d'application (art 1er de la loi du 28.12.1966 sur l'usure, (Devèze, op. cit. p. 19).

Cette technique ne renforce en rien le caractère extra pénal d'un texte, car il n'y a pas de distinction tranchée entre la loi pénale et la loi extra-pénale. S'il est vrai que l'extra-pénalité provient du fait que cet ensemble normatif ne s'identifie pas au droit pénal classique dont l'objectif souvent diffère, cela ne signifie pas qu'il est en dehors du droit pénal. Bien au contraire, l'édiction d'incriminations assortie de sanctions nous rappelle qu'il y a un empreint non négligeable, mais qui ne l'absorbe pas totalement. Et ce par le caractère spécifique, nouveau, autonome de la discipline pénale économique. Dans ces conditions, la loi extra-pénale prend un sens nouveau qui ne l'a pas fait échapper aux grands principes de droit pénal transitoire. Désormais, la loi extra-pénale de nature économique doit bénéficier de la même technique de protection que celle dont va jouir la loi pénale classique et ce, au titre du principe de la rétroactivité.

Pour conclure sur ce point, on ne manquera pas de signaler de citer l'opinion d'un auteur allemand qui, au début du siècle, avait systématisé la question de la manière suivante : la notion extrapénale fait partie intégrante de la loi criminelle qui la protège, et qu'en modifiant ou en supprimant cette notion, on supprime en même temps un des éléments de l'infraction (Von lizt, "Lehrbuch von deutschen Strafrechts" 25 ème Édition 1927, p 97, cité par Merle et Vitu, op. cit. n° 257). Ce raisonnement est quelque peu dépassé compte tenu de ce qui vient d'être développé. Mais il n'en marque pas moins le départ d'un certain réalisme juridique et sociologique quant à l'appréhension de cette problématique concernant les lois pénales. Il reste qu'un autre auteur a envisagé la question du rejet de la rétroactivité "in mitius", en matière économique, sous l'angle des mobiles qui ont inspiré au législateur telle ou telle disposition pénale.

II - La rétroactivité "in mitius" et la distinction "disposition but" et "disposition moyen"

A) *La conception de M. Vienne*

Dans cette hypothèse, il s'agit d'examiner les choix politiques de société vers lesquels le législateur s'est orienté et, tels qu'il les a exprimé à travers les dispositions normatives. Un auteur a posé la spécificité de la matière criminelle en estimant que le droit pénal puise la matière de sa réglementation dans la morale et qu'il tend à sanctionner les impératifs de la morale admise dans une société donnée, sous réserve que cette sanction soit socialement utile et réalisable techniquement (Vienne R., "Le principe de la rétroactivité "in mitius" doit-il être considéré comme absolu" JCP 1947 I, n° 618).

De là, découle une distinction des textes pénaux, entre "disposition but" et "disposition moyen", suivant le mode de réalisation technique que nécessite la matière considérée pour passer du plan moral au plan pénal (ibid). La notion de "disposition but" se définit par rapport à un principe moral passant dans le Droit sans le secours d'aucun apport technique. Dans ces conditions, le seul travail du juriste consiste à analyser la gravité morale et sociale de la faute et de ses circonstances internes et de lui appliquer la

sanction appropriée (ibid). La disposition ainsi établie, réalise sans intermédiaire le but proposé qui est la sanction d'une obligation morale. On peut citer à titre d'exemple, la prohibition de l'homicide volontaire, le vol, et d'autres délits contre la propriété procédant directement de l'obligation morale de respecter le bien d'autrui. Le caractère essentiel d'une telle disposition réside dans le fait qu'elle est par nature même, permanente. Elle dure tant que dans une société donnée, le précepte moral dont elle dérive continue à être communément admis (ibid). Dans ces conditions, la rétroactivité "in mitius" doit s'appliquer de façon absolue et ce pour la raison suivante : lorsque le législateur supprime une incrimination, ce peut être parce que la conception morale qui sert de base au texte pénal a cessé d'être considérée comme vraie pour l'ensemble de la société (ibid). Dans ce cas, punir le fait précédemment sanctionné serait évidemment injuste, et la loi supprimant l'incrimination doit être rétroactive. On peut adopter le même raisonnement à propos des pénalités, car sans abroger une "disposition but", le législateur peut estimer que sa gravité morale ou que les nécessités sociales ne réclament plus une peine aussi élevée et, la rétroactivité jouera, dans ces conditions, de plein droit (ibid).

Toutefois, il est loin d'en être ainsi dans le domaine que l'auteur de cette théorie a appelé les "dispositions moyen". Contrairement à la notion précédente, celle-ci va nécessiter l'intervention plus personnelle du juriste (ibid). La raison de cette intervention tient au fait qu'il existe un décalage entre la morale, standard théorique de comportement humain, et la réalité sociale dont le droit pénal n'est que le reflet. Étant d'application individuelle, la morale peut sans inconvénient laisser cette adaptation à la conscience de chacun. Le droit pénal au contraire est d'application sociale ; il doit, pour être praticable, énoncer et sanctionner les moyens qui, eu égard aux circonstances, assureront dans la société le respect d'un principe moral donné (ibid). Somme toute, la loi criminelle vient juridiciser des conduites humaines en leur donnant force obligatoire autour d'un consensus social. Mais, il peut arriver que certaines circonstances, que réglemente le droit pénal, seront essentiellement exceptionnelles et passagères (ibid).

On ne retrouve pas cela dans le cadre des "dispositions but" où les circonstances en présence desquelles le droit pénal règle le comportement de tous les membres de la société sont relativement stables, ce qui leur donneront un caractère permanent (ibid).

Il en résulte une distinction quant au degré de contingence temporelle qui sera une des raisons refusant d'appliquer la rétroactivité "in mitius". A cela s'ajoute le fait qu'il peut arriver que la conception morale qui sert de base à un texte pénal ait changé ou que son application juridique ne soit plus reconnue comme socialement utile, ce qui entraînera la rétroactivité (ibid). Mais l'auteur précise aussitôt que de telles hypothèses resteront exceptionnelles et la grande masse des modifications abrogatives seront inspirées par des considérations soit de pure technique, soit de politique juridique (ibid). Concernant plus particulièrement ce dernier point, il peut arriver que le principe moral qu'applique la législation ne change pas, mais ce sont les circonstances qui ont inspiré celle-ci qui se modifient. Dans ces conditions, il devient de bonne politique juridique de supprimer l'incrimination ou tout au moins d'en élargir les termes, pour en laisser un domaine plus étendu à la liberté de chacun (ibid).

Prenant le cas type de la législation économique, où il ne serait pas question d'appliquer la "lex mitior", M. Vienne estime que la peine à appliquer ne sera pas injuste : il y a eu violation du principe moral sous-jacent à la réglementation, violation qui réclame, en toute justice, une sanction (ibid).

L'abrogation de l'incrimination ou l'adoucissement d'une pénalité n'absout en rien le contrevenant dans la mesure où la culpabilité morale est certaine et qu'une sanction reste parfaitement équitable (ibid). De plus, l'utilité de la peine, donc le rejet de la rétroactivité, peut se justifier car ce n'est pas une modification de la corruption de l'ordre social qui a entraîné la modification législative : ce sont simplement les changements intervenus dans les circonstances externes qui ont inspiré les dispositions bienveillantes du législateur. Il en résulte à l'évidence que l'acte accompli garde son caractère anti-social et doit être sanctionné (ibid).

C'est donc une distinction très nette entre deux catégories de lois pénales. Elle entraînerait l'application de la règle de la rétroactivité lorsque la loi plus douce serait la manifestation d'un changement dans la conception morale et sociale qui servirait de base à la législation précédente. Au contraire, ne serait pas rétroactive la loi, même plus douce, qui n'impliquerait pas un tel changement, mais qui serait une simple adaptation de la réglementation aux circonstances du moment. Il reste que comme les autres doctrines, une telle démonstration appelle quelques observations.

B) Une conception limitée

Une première remarque peut être faite à propos de son domaine d'application. Il est vrai que la Cour de cassation se réfère aux dispositions prises sous l'empire des nécessités économiques variables, pour refuser d'appliquer la rétroactivité "in mitius". Mais il faut préciser que le juge pénal n'a eu jusqu'ici à appliquer cette solution qu'en matière économique et encore dans un domaine bien précis : celui des arrêtés relevant ou supprimant une taxe.

Ensuite, on peut se demander qu'elle est l'actualité d'une telle approche scientifique à l'évolution de la société. Le concept de "moral" ne reste pas indéfiniment figé et il fait l'objet d'une incessante adaptation face aux données sociales évolutives dans le temps. Dans ces conditions, il n'existe pas de cadre philosophique et politique dont la fixité serait absolue. De là, il découle que les notions de "disposition but" et "disposition moyen" ne sont pas elles-mêmes invariables et cloisonnées et, ne seront que le reflet d'un état des mœurs dont le droit pénal assurera le respect.

Ainsi, une "disposition but" peut voir, soit sa nature changée en "disposition moyen" et inversement, soit sa raison d'être disparaître et ce, compte tenu de l'évolution des impératifs moraux.

Dans ces conditions, ce qui a été développé après la deuxième guerre mondiale ne correspond pas forcément à la structure sociale des années 1990.

On peut illustrer cela à partir des phénomènes de décriminalisation et de décriminalisation que l'on rencontre en criminologie. Dans un cas comme dans l'autre, et avec des degrés différents, c'est la politique criminelle qui intervient pour modifier ou supprimer certains actes ou activités jusqu'alors pénalement sanctionnés. Cette solution est possible car les préceptes moraux ont connu une transformation et n'enregistrent plus ces comportements comme répréhensibles. Le secteur des activités économiques lato sensu

n'échappe pas à ce schéma où la référence à la morale n'est plus un élément déterminant dans le choix du législateur : décriminalisation de l'émission du chèque sans provision, dépénalisation de la banqueroute avec la loi du 25.01.1985 sur le redressement judiciaire.

Dans ces conditions, la règle de la rétroactivité "in mitius" ne risque pas de trouver une terre d'élection dans un cadre philosophique et juridique instable et en perpétuelle mutation. On pourrait en arriver à des contradictions qui ne seraient pas favorables au prévenu face à une succession de textes venant créer, modifier ou supprimer une incrimination au gré des changements des valeurs morales influencées puis entérinées par le législateur.

C'est pour cela que nous rejetons cette analyse trop générale et qui demeure limitée aux contextes économiques de l'époque. Ces derniers ne se retrouvent pas dans le mécanisme d'économie de marché actuel, ce qui donne au problème une autre dimension : la rétroactivité "in mitius" ne pourrait pas être rejetée. Il est difficile de rechercher dans cette doctrine des éléments de fiabilité susceptible d'expliquer de manière constante le rejet de la rétroactivité en matière économique. Étant l'objet elle-même de transformation structurelle et conjoncturelle, son instabilité rendra difficile la tâche du juge, pour qui plusieurs difficultés se mêlent : morale, répression, justice, équité, technicité de la matière.

De plus, cette théorie fait partie d'un mouvement d'ensemble de réflexion qui s'est dégagé dans les années d'après guerre pour tenter d'apporter une réponse à la rigueur du juge pénal. Elle n'est pas unique par sa construction et tout a été greffé autour de la problématique de la "lex mitior" applicable en matière de réglementation des prix. M. Vienne, comme les autres auteurs ont monté tout leur édifice doctrinal sur un sujet dont l'aléa et la contingence en sont les caractères essentiels.

De là, on ne peut porter d'intérêt au commentateur dont le seul but était de figurer parmi les auteurs ayant abordé la question. Surtout, lorsqu'elle ne correspond pas au droit positif contemporain.

La physionomie de ce dernier correspond à un schéma différent dont nous avons déjà examiné la typologie à travers la valeur constitutionnelle du principe. Dès lors, nous examinerons dans un ultime point, la position actuelle de la jurisprudence criminelle sur l'application de la "lex mitior" en matière économique.

CHAPITRE II - ... VERS UNE HARMONISATION DE LA JURISPRUDENCE CRIMINELLE

Le nouvel ordonnancement juridique issu de la Constitution du 4.10.1958 n'a pas enlevé au problème tout son intérêt. D'autant qu'en matière réglementaire, la jurisprudence pénale maintenait sa rigueur pour refuser l'application de la "lex mitior" pour ce type de texte (Cass. crim. 10.01.1970, Von Saldern, BC n° 293 ; Dalloz 1971 p. 590, observations Mazard ; J. Borricand, "La non rétroactivité des textes réglementaires en matière économique et fiscale", Dalloz 1978, Chronique p. 275).

Mais avant de s'interroger sur cette problématique en matière de lois économiques, nous examinerons tout d'abord le cadre théorique dans lequel la rétroactivité "in mitius" va devoir s'appliquer. Il s'agit d'évaluer les "chances"

dont dispose cette règle à recevoir une mise en œuvre adéquate dans un nouvel environnement jurisprudentiel et disciplinaire (Section I).

Reste qu'après cette étape théorique, il s'agit d'aborder le sujet de manière plus concrète à travers les arrêts rendus par la juridiction répressive en matière économique. La question devient d'autant plus intéressante que l'avant projet de Code pénal de 1978 (La documentation française, 1979) écartait dans son article 9 la rétroactivité "in mitius" pour les lois économiques (Crim. 1983 ; texte édicté par le Ministère de la justice, article 7), ni dans le projet de loi de 1986, article 112.3 alinéa 3 (Documents du Sénat 1985-1986 n° 300).

Le législateur étant averti, c'est au juge pénal qu'il appartenait à nouveau de connaître le problème. La voie était ouverte soit pour assurer une continuité jurisprudentielle, soit pour procéder à un revirement dans la position adoptée à propos de la rétroactivité "in mitius".

Pour sa part, il a choisi de confirmer l'orientation déjà prise dans sa jurisprudence antérieure qui avait appliqué aux procédures en cours, la faveur de la loi du 13.07.1976 relative à la coordination des transports (Cass. crim. 3.10.1978, BC n° 256 p. 670). On retrouve cette application de la "lex mitior" à propos de la loi du 29.12.1977 relative aux garanties de procédure des contribuables (Cass. crim. 20.11.1978, BC n° 319 p. 823).

Toutefois, le juge pénal disposant d'un large pouvoir d'interprétation n'a pas donné à cette règle une portée générale. Une décision de 1980 avait refusé d'appliquer rétroactivement une loi du 19.07.1977 relative aux ententes, car la Chambre criminelle ne l'avait pas tenue pour plus douce et ce, contrairement aux prétentions des requérants, invoqués dans leurs pouvoirs (Dalloz 1981, IRSC, p. 141, observations G. Roujou de Boubée).

Il apparaît donc que l'application de la "lex mitior" est admise couramment en matière économique mais pas de manière absolue. La problématique connaît un certain renouveau dans la mesure, où, désormais, il existe un principe constitutionnel que les contrevenants, concernés par une règle pénale plus douce, vont invoquer lors des instances contentieuses en cours. C'est ce dernier point qui va nous retenir plus longuement à travers l'examen de deux textes matérialisant bien la matière économique. Il s'agit d'une part, de la loi du 25.01.1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire (Section II). Et d'autre part, nous verrons l'ordonnance du 1.12.1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence (Section III).

SECTION I - LA RÉTROACTIVITÉ "IN MITIUS" DANS UN CADRE THÉORIQUE

Si la consécration d'un principe constitutionnel s'impose particulièrement aux autorités juridictionnelles chargées de mettre en œuvre le droit, cela ne va pas sans soulever certaines difficultés d'application. Cela tient, tout d'abord, au domaine juridique que ce principe doit venir constitutionnaliser. D'autant que le secteur ne lui est pas complètement soumis et qu'il lui est souvent étranger. De telles disciplines juridiques, répondant à une finalité précise et avec des principes autonomes, préexistaient à l'institution en France d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Dans l'étude qui nous retient, le droit pénal économique n'échappe pas à ce schéma théorique. Et on comprend que le principe de la "lex mitior" pourrait rencontrer une certaine opposition face à une matière inconnue. C'est dans

cette perspective qu'il est nécessaire d'apprécier la définition et le contenu du droit pénal économique (I).

Reste qu'il faut réserver à ce dernier une marge d'évolution par une motivation sociologique différente. La conséquence d'une éventuelle rupture avec le passé est l'appréhension du problème sous une autre dimension. Il faut donc, rechercher là aussi, s'il existe, pour un principe d'une telle valeur, une potentialité à s'immiscer dans ce cadre nouveau que nous envisagerons comme précédemment (II).

Si les éléments théoriques sont présents, c'est au juge qu'il appartiendra, en dernier lieu, d'interpréter et d'appliquer ces concepts. Il faut en apprécier l'étendue pour rendre compte des "chances" dont dispose la rétroactivité "in mitius" de se voir mise en œuvre avec toutes les conséquences que cela comporte pour la protection des droits fondamentaux de l'individu (III).

I - Définition et contenu du droit pénal économique

La matière économique fait partie de ces phénomènes sociaux que le droit, dans une société organisée, se doit d'enregistrer sur le plan des règles juridiques obligatoires. Ainsi, le droit civil, commercial, fiscal viennent l'encadrer pour une plus grande sécurité juridique de tous.

Un tel objectif ne prend une réelle valeur que si un mécanisme répressif apporte son soutien afin d'en assurer le respect. Concernant ce dernier point, il est à signaler, malgré son caractère ancestral, que le droit pénal économique est une discipline récente en France.

Branche nouvelle du droit criminel, le droit pénal économique n'a pas encore d'état civil libre, arrêté (A. Vitu, "Définition et contenu du droit pénal économique", Mélanges Hamel, Dalloz 1971 p. 72). On comprend dès lors, la difficulté à cerner le contour de sa définition et de son contenu. Une tentative a été esquissée par le professeur A. Vitu dans un article dont l'intitulé laisse entrevoir, dans une démonstration convaincante, l'étendue de la problématique (Mélanges Hamel, op. cit. p. 71).

Pour cet auteur, il n'existe pas de définition objective du droit pénal économique, elle n'est que le reflet d'une conjoncture politique, économique et sociale donnée, dont la juridicisation ne sera que la conséquence de leur évolution. Dans ces conditions, il n'y a pas une, mais des définitions dont le corollaire sera une variation du contenu en fonction de la thèse rencontrée. Aussi, paraît-il préférable, pour une démarche plus claire de distinguer deux conceptions et d'envisager comment la définition et le contenu du droit pénal économique ont pu s'exprimer et se concrétiser, d'abord dans le cadre d'une conception libérale de l'économie, puis dans celui de la conception dirigiste (ibid p. 73).

Dans une perspective libérale, l'État-gendarme est réduit à ses activités régaliennes qui, en matière d'activité économique des individus ou des personnes morales, intervient à seule fin d'y protéger la liberté contractuelle du commerce et de l'industrie (ibid p. 73). On se trouve donc dans une situation où l'ordre public de protection, se caractérisant par une intervention minimum, laisse le fonctionnement du marché être assuré par une autorégulation fondée sur la confiance mutuelle.

Dès lors, le droit pénal économique n'intervient qu'a posteriori pour réprimer les atteintes aux rapports horizontaux entre les individus. Il va comprendre l'ensemble des règles de droit pénal qui tendent à assurer, sous la menace de sanctions pénales, le libre jeu des structures économiques capitalistes et la protection des individus dans la conclusion et l'exécution des rapports économiques qu'ils nouent librement entre eux (ibid p. 74).

Dans ces conditions, on ne s'étonnera nullement que son contenu soit relativement peu étendu, dans la mesure où le principe est celui d'une intervention peu fréquente de l'État dans les ressorts de la vie économique. Par contre, dans une conception dirigiste, l'État-providence assume pleinement ces fonctions interventionnistes. A tel point qu'il y a une véritable orientation de l'économie toute entière, c'est l'ordre public de direction. Par là, la répression pénale n'est plus conçue comme un instrument d'arbitrage, c'est-à-dire un moyen de rétablir un équilibre rompu entre deux ou plusieurs particuliers à propos de leurs relations économiques, mais comme un instrument d'action économique (ibid p. 77). Dans cette conception nouvelle, on doit alors définir le droit pénal économique comme l'ensemble des règles du droit pénal et de procédure pénale destinées à s'assurer la sanction des divers textes qui, dans le cadre de la politique économique d'ensemble de l'État, réglementant d'une part, les conditions de production, de distribution, de consommation des biens, ainsi que les conditions d'utilisation des services ; et que d'autre part, les moyens d'assurer l'échange et l'utilisation de ces biens ou de ces services (ibid p. 77). La définition est donc très large et vise à la fois des biens économiques matériels, les services et la monnaie.

Quant au contenu, il est nécessaire d'apporter des précisions afin d'éviter de succomber à la tentation qui consisterait à vouloir indistinctement qualifier d'infraction économique tout fait délictueux qui réclamerait une répression pénale et aurait quelque rapport avec la vie économique (ibid p. 77). Il en sera ainsi des textes en matière de contrôle des prix, des biens et services, des changes, du commerce de loi, du commerce extérieur entendu largement.

Globalement, c'est à l'un de ces pôles que le principe de la rétroactivité "in mitius" va devoir s'appliquer. Il reste que la France, jusqu'à ces dernières années, s'est attachée à une conception dirigiste de l'économie dont l'inflation législative n'est que la conséquence et la répression pénale l'objectif.

D'autant que la jurisprudence criminelle a refusé, jusqu'à tout récemment, d'appliquer cette règle aux prévenus poursuivis et non encore définitivement jugés. Toutefois, si la production normative connaît toujours une aussi grande activité, les choses ont quelque peu évolué.

En effet, on assiste depuis un certain nombre d'années à un libéralisme sur le plan répressif, ce qui fait porter le droit pénal économique dans un nouveau cadre, rompant avec le passé.

II - Une rupture avec le passé

Il ne s'agit pas ici, de décrire le nouveau visage du droit pénal économique, mais plutôt d'analyser son évolution sur le plan répressif. On remarquera tout d'abord que la législation pénale se diversifie et élargit son domaine d'application. Il suffit pour s'en convaincre de consulter les

volumineuses parties annexes, et savoir que de nombreuses dispositions pénales se trouvent dans le Code de commerce, le Code du travail, le Code de la santé publique, et dans leurs appendices. Le secteur économique n'échappe pas à ce phénomène de spécialisation, et le corollaire inéluctable est une inflation législative de la norme pénale. Ce mouvement a suscité une réaction de la part de la doctrine qui s'inquiète de cette abondance normative.

En effet, la pratique d'un gouvernement par la loi, l'inflation législative, apparaissent moins comme un signe d'un règne du droit que comme virtualités de sa propre annulation (F. Ewald, "L'Etat Providence", Grasset 1966, citée. par Delmas Marty, "Les conditions de rationalité d'une dépenalisation partielle du droit pénal de l'entreprise", Colloque sur "Bilan et perspectives du Droit pénal de l'entreprise", *Économica* 1989, op. cit. p. 95).

Et certains auteurs vont même jusqu'à proposer, sur demande des pouvoirs publics, des solutions pour y faire face (M. Delmas Marty, Rapport du Gardé des Sceaux, septembre 1986 : "Face à l'inflation pénale une exigence nouvelle : la qualité de la loi" ; La Documentation française 1990 à paraître).

Reste que si la loi pénale est devenue une technique du contrôle social, son contenu a quelque peu subi des modifications. Dans cette perspective, la criminologie n'y est pas totalement étrangère. On assiste depuis quelques années à un mouvement contemporain d'abandon du droit pénal qui est né à la fin des années 1960, début des années 1970, dans le prolongement du mouvement idéologique libertaire (R. Gassin, "La criminologie", Dalloz 1988, p. 531 n° 621). Pour cet auteur, l'édifice se présenterait comme une sorte de fusée à trois étages qui se déploierait progressivement dans le temps : dépenalisation, décriminalisation, abolition du droit pénal (Gassin, op. cit. p. 531). Actuellement, le droit pénal économique connaît sa première phase d'évolution. Et sans préjuger de la réalisation des deux autres, nous nous attacherons à examiner uniquement ce premier stade.

Si on s'interroge sur les facteurs de cette dépenalisation, l'influence des droits fondamentaux a permis incontestablement une accélération de ce mouvement. Comme le remarque Mme Delmas Marty, dans un pays comme le nôtre, on doit prendre en compte les droits européens et la jurisprudence des Cours du Luxembourg et de Strasbourg qui développent un certain nombre de thèmes, notamment celui des valeurs protégées par le droit pénal et celui de la nécessaire proportionnalité des sanctions (in "Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise", op. cit. p. 95).

On reprochera toutefois à l'éminent pénaliste de s'en tenir seulement à la jurisprudence européenne et de ne pas prendre en considération l'importance de la justice constitutionnelle française qui offre sur cette question une protection réelle et efficace. On comprend dès lors, que les principes directeurs de la législation pénale, qui, participent au mouvement occidental actuel, s'inséreraient directement dans la culture française et européenne (ibid p. 95). Pour notre part, nous préférons insister sur une véritable constitutionnalisation du droit pénal dont la dépenalisation serait animée par une idée directrice qui consisterait à redonner vigueur aux deux principes de justice et d'utilité, en précisant leur contenu, de telle manière qu'ils puissent fonctionner selon deux séries d'indicateurs : indicateur de proportionnalité, qui est au cœur de l'idée de justice, indicateur de l'effectivité,

qui donne l'utilité du droit (ibid p. 95). D'autant que la volonté d'assurer une répression effective ne correspond plus à la nouvelle structure économique qui réclame une redéfinition de l'ensemble de la politique criminelle dans ce secteur. Ce dernier a connu une évolution d'un point de vue conjoncturel et ne nécessite plus le même traitement législatif que jadis face à un redémarrage économique satisfaisant.

A titre d'exemple, nous envisagerons les deux textes qui, ayant fait l'objet d'une dépenalisation de la part du législateur, ont posé des difficultés lors de l'entrée en vigueur à propos de poursuites engagées sous l'empire de la législation ancienne. Le premier texte concerne la loi du 25.01.1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises.

Comme on le verra plus loin, cette loi tout en supprimant la distinction entre banqueroute simple et banqueroute frauduleuse, a largement dépenalisé un certain nombre de cas de banqueroute.

Pour le second texte, il s'agit de l'ordonnance du 1.12.1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. Ce texte abroge les dispositions pénales des ordonnances du 30.06.1945 sur les prix et notamment les délits d'ententes illicites. Elle prévoit des sanctions administratives et des injonctions prononcées par le Conseil de la concurrence (art 11 et suivants ord. 86) sous le contrôle du juge judiciaire. Il s'agit d'un exemple type d'une dépenalisation réalisée au profit de la variante administrative placée sous la garantie de l'autorité judiciaire (ibid p. 97).

Ainsi, le droit pénal économique "baigne" dans une nouvelle atmosphère législative où la rigueur répressive n'en est plus le "leitmotiv". Dès lors, le principe de la rétroactivité "in mitius" y trouve une terre d'élection où les droits fondamentaux n'y sont plus regardés comme un nouvel instrument juridique dont on aurait du mal à dessiner les contours et apprécier l'amplitude des conséquences. On ne peut pas, dans ces conditions, refuser ce que le législateur a délibérément décidé d'admettre dans sa nouvelle perspective pénale en décidant de modifier l'ampleur du mécanisme répressif. Les motivations politiques devraient tenir compte des récentes données économiques et faire en sorte d'en assurer au maximum la pérennité dans un souci d'efficacité.

Reste que pour compléter le tableau théorique auquel doit faire face le principe de la "lex mitior", il faut envisager le troisième élément du tryptique en analysant l'amplitude des pouvoirs du juge pénal surtout en matière de protection des libertés fondamentales.

III - L'étendue des pouvoirs du juge répressif

L'intérêt de cette question est de rendre compte de l'étendue des "chances" dont dispose ce principe constitutionnel à recevoir une application aussi large que possible dans une organisation judiciaire fonctionnant avec des principes directeurs qui lui sont souvent propres.

Montesquieu rappelait que c'est de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen ("De l'esprit des lois", Livre 12 Chapitre II).

Une telle affirmation demeure théorique dans la mesure où, tout au long de notre histoire constitutionnelle, on a pu constater que le législateur pouvait mal faire. On comprend dès lors, nonobstant l'absence de contrôle de

constitutionnalité des lois, que le juge répressif occupe une place de choix et ce pour trois raisons. D'une part, parce qu'il est le garant de la sûreté personnelle, liberté publique fondamentale, qui veut que l'individu ne puisse être arbitrairement inquiété pour avoir usé de sa liberté dans les limites de l'ordre public (Rivero, "Les libertés publiques" op. cit. p. 21).

D'autre part, car il opère dans un domaine où les libertés sont particulièrement menacées tant par les pouvoirs conférés par la loi à l'autorité publique y sont exorbitants (D. Foussard, "Le juge pénal, garant des libertés : les libertés et le fond du droit", Colloque du 16.06.1988, "La Cour de cassation et les libertés", la Documentation française 1988 p. 51).

Enfin, parce que dans notre système juridique, l'autorité judiciaire est un des organes de l'État chargé, par la Constitution et interprétée par la jurisprudence constitutionnelle, de mettre en œuvre la protection des droits fondamentaux résultant de textes constitutionnels ou de conventions internationales.

Une telle description ne serait idéale, s'il n'y avait le principe de la légalité criminelle qui renforce le juge pénal dans sa fonction protectrice. Ainsi, il appliquera un texte dont la qualité normative n'est pas contestable.

Toutefois, il se peut qu'une loi n'ayant pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité puisse être l'occasion pour le juge répressif de l'interpréter. Si la règle, techniquement bien conçue, est formulée en termes précis, pour reprendre l'expression du Conseil constitutionnel, le juge ne peut évidemment que s'incliner devant l'ordre de la loi ; si en revanche la rédaction du texte est moins contraignante, le juge répressif recouvre sa liberté d'appréciation (Pradel, "Droit pénal général", Cujas 1990, p. 165).

A cela, il faut ajouter l'émergence, de plus en plus présente, de règles issues du droit international. Reste que le contenu de ces dernières ne coïncide pas nécessairement ; elles peuvent concurrencer, voir ouvertement contrecarrer, nos règles internes (Foussard, op. cit. p. 53).

La conjonction de ces différents paramètres semble modifier quelque peu la présentation initiale dans la mesure où le juge acquiert la possibilité de prendre ses distances à l'égard des normes dont il n'aurait pas osé s'affranchir il y a encore peu de temps (ibid p. 53). La question se pose de savoir comment le juge pénal use de cette marge d'appréciation, et plus précisément s'il va s'éloigner de sa fonction originelle. En réalité, il n'en est rien, et la juridiction répressive demeure cantonnée à ses premières ambitions par l'utilisation de procédés qui lui sont propres. Il s'agirait d'une part, de l'éviction des règles répressives, et d'autre part, de l'application de ces mêmes règles (ibid p. 53).

Concernant tout d'abord la première technique, elle sera utilisée car même si la loi pénale permet indirectement l'exercice effectif des libertés, elle sera néanmoins perçue, en soi, en raison des effets qui lui sont attachés, comme une atteinte à la liberté (ibid p. 53). C'est ce que le professeur Puech appelle le domaine ouvert du pouvoir créateur du juge recouvrant en principe tout le droit pénal favorable aux personnes poursuivies (Archives de Philosophie du Droit, Sirey 1985, Tome 30, "La jurisprudence", p. 143). Les procédés permettant l'éviction sont assez nombreux si l'on s'en tient à la présentation très convaincante faite par M. Foussard dans sa contribution au Colloque sur la Cour de cassation et les libertés. Pour cet auteur, le principe de la rétroactivité "in mitius" en fait intégralement partie, car c'est un concept

très favorable aux parties poursuivies puisqu'il conduit le juge pénal à faire une application distributive de la loi ancienne et de la loi nouvelle, pour ne retenir de chacune des deux lois en présence, que les dispositions les moins répressives (ibid p. 55).

Si on tente de justifier une telle éviction, nul doute que ce sont essentiellement les principes constitutionnels et subsidiairement ceux du droit international, ayant pour objet la protection des libertés, qui permettent d'offrir au juge pénal cette audace prétorienne et ce, sans encourir la critique. Dans ces conditions, on comprend que la règle constitutionnelle de la "lex mitior" trouve un certain épanouissement face à un juge apte à pouvoir et à vouloir le faire.

S'agissant de la seconde technique relative au juge et à l'application des règles répressives, sa mise en œuvre se rencontrera dans l'hypothèse suivante. En effet, un certain nombre d'incrimination, du fait des interdits qu'elles comportent, affecte librement l'exercice des libertés.

Le juge pénal peut sauvegarder les libertés à l'occasion de l'opération de qualification ou d'imputation, ou encore au moment où il se prononce sur la sanction, bref lorsque faisant application des règles répressives, il est appelé à en fixer le contenu (ibid p. 53). Dans ce cas de figure, la demande du juge pénal est différente que celle précédemment décrite. Deux situations peuvent se présenter selon que le juge est en face d'une seule liberté ou en présence de plusieurs libertés (ibid p. 60). Dans le premier cas, il y a une distinction à opérer selon que l'application des règles répressives permet l'exercice effectif d'une liberté ou bien qu'elle en contredit l'exercice (ibid p. 60).

Mais, dans la mesure où la répression n'est pas la condition de l'exercice d'une liberté dans le cadre de la rétroactivité "in mitius", nous nous attacherons plus à l'hypothèse où la règle répressive, que le juge doit appliquer, vient contredire l'exercice d'une liberté. En effet, le propre de la "lex mitior" est de réduire autant que faire se peut, la pression pénale pour aboutir en quelque sorte à une liberté négative qui réclame néanmoins attention et protection. On pourrait nous faire l'objection suivante : comment expliquer que le juge répressif parvient à réfréner une règle pénale pour laisser cours à une liberté. D'autant que, souvent le juge est conduit à mettre en balance les intérêts de l'ordre public qui protègent les textes répressifs, et ceux de la liberté. La réponse est très simple, elle réside dans le fait que le juge a toujours à sa disposition un texte ou un principe, ne serait-ce que le texte ou le principe qui fonde l'existence de la liberté, pour écarter la répression.

Mais, la tâche du juge est d'autant plus aisée que la liberté qui est en cause fait l'objet d'une règle précise (ibid p. 62). En l'espèce, il ne fait aucun doute sur l'existence d'une telle règle de rattachement : il s'agit du principe constitutionnel de la "lex mitior" maintes fois rappelé dans cette étude. Bien plus, l'autorité judiciaire n'éprouvera d'autant moins de scrupules à mettre en œuvre cette règle que le texte de la loi en cause aura fait l'objet d'une dépenalisation.

Par contre, pour ce qui est de la seconde situation, lorsque le juge se trouve en présence d'un conflit de libertés, la difficulté se présente de manière différente. En effet, il est fréquent que le juge ait en présence l'exercice de deux ou plusieurs libertés ; par exemple, en matière de police, la liberté

d'aller et venir peut être en compétition avec la liberté du commerce et de l'industrie. Quid en matière de rétroactivité des lois pénales plus douces. Il apparaît dans cette hypothèse qu'il soit difficile de mettre en conflit la rétroactivité "in mitius" avec une quelconque liberté. Cela renforce la plénitude d'application de celle-ci.

Une telle unicité permet au juge de faire une économie procédée pouvant déboucher sur un choix arbitraire.

Globalement, on est en mesure d'affirmer que le juge répressif s'est donné les moyens nécessaires pour assurer la garantie des libertés. Sans compter que la rétroactivité "in mitius" était visée expressément par le juge comme procédé jurisprudentiel. Il reste maintenant à s'interroger sur le fait de savoir si le juge répressif dispose de la même sollicitude à l'égard du secteur économique. Et plus particulièrement la loi de 1985 et de l'ordonnance de 1986, rapidement envisagées plus haut.

SECTION II - LA RÉTROACTIVITÉ "IN MITIUS" À TRAVERS LA LOI DU 25 JANVIER 1985.

Pour mieux appréhender le problème de l'application de la "lex mitior", nous envisagerons tout d'abord le contenu matériel du texte, dans le domaine du droit pénal des entreprises en difficulté (I). Une telle approche nous permettra de mettre en évidence les difficultés que suscitent cette loi dont l'application reviendra aux juridictions répressives.

Dans ces conditions, nous aborderons d'une part, l'examen de la jurisprudence des juridictions, essentiellement, d'appel. Une telle démarche s'impose car ce sont elles qui seront amenées à connaître, en appel, de la problématique dont il apparaîtra une diversité de solution (II).

D'autre part, c'est la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui retiendra plus précisément notre attention. C'est la Haute juridiction judiciaire qui, en dernier lieu, traitera de la question et, dont la solution s'imposera en quelque sorte aux tribunaux ordinaires (III).

I - L'économie générale de la loi du 25.01.1985

Traditionnellement, le droit des entreprises en difficulté est présenté comme ayant un caractère répressif, se manifestant par une rigueur extrême (galères). On retrouve cela dans le Code de commerce de 1807 où les banqueroutes y étaient très sévèrement réprimées. Depuis cette époque, à des périodes de laxisme se sont succédés des soubresauts de rigueur (sur l'ensemble de la question l'ouvrage de M. Hilaire, "Introduction historique au droit commercial", PUF 1986, p. 305 et suivantes). Sans nous étendre sur l'ensemble des textes, nous signalerons l'importance de la loi du 13.07.1967 qui tend à opérer une distinction entre l'homme et l'entreprise (F. Derrida, "Droit pénal et difficultés des entreprises", Colloque sur "Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise", Collection "Le point sur", Économica 1989, p. 206).

Dans ce texte, les dirigeants d'entreprise sont jugés sur leur comportement ; cependant, la loi a maintenu le régime répressif antérieur. Elle ne connaissait pas moins de 27 cas de banqueroutes et délits assimilés, ces derniers concernant les dirigeants sociaux ; et la loi du 2.02.1981 dite "Sécurité-Liberté" aggrava les peines en la matière.

Innovation, la loi de 1967 institue la faillite personnelle afin d'éliminer de la vie économique les malhonnêtes et les maladroits. Une telle spécificité de la matière et les conséquences qui s'y attachent, trouvent une explication sur le terrain de la criminologie. En effet, les délinquants présentent des traits particuliers. Certains sont de fieffés frippons, des chevaliers d'industrie, qui organisent la ruine des créanciers et dont il convient de réprimer sévèrement les comportements malhonnêtes ; tandis que d'autres ne sont que des malheureux, souvent victimes des circonstances économiques, qui n'ont pas su ou pu maîtriser des événements qui les dépassent, ou qui se sont laissés surprendre par une conjoncture inattendue (Derrida, "Droit pénal et difficultés des entreprises", op. cit. p. 206). On a aussi pu parler de "banqueroutes vainqueurs" et des "banqueroutes vaincues" comme à distinguer de la "banqueroute organisée" et la "banqueroute par accident" (Kellens, "Tendances actuelles du droit de la banqueroute", RDPSC 1972 p. 1047 citée par Derrida, *ibid* p. 206). Dès lors, ne voulant pas soumettre les uns et les autres aux mêmes régimes, le texte de 1967 envisage la banqueroute sous diverses formes. Le corollaire d'une telle diversification se retrouve au niveau de l'arsenal, très riche, en sanctions de nature différentes. D'une part, sur le plan patrimonial, c'est l'obligation pour le commerçant de payer sur l'ensemble de ses biens tout le passif qui lui incombe, et celle des dirigeants sociaux de combler l'insuffisance d'actif social, quand ils n'étaient pas soumis eux-mêmes à une procédure collective personnelle. D'autre part, sur le terrain professionnel, c'est la faillite personnelle et ses succédanés qui mettent obstacle à l'exercice d'une nouvelle activité. Enfin, sur le terrain pénal, avec la distinction banqueroute frauduleuse et banqueroute simple, et parmi ces derniers, les banqueroutes obligatoires et les banqueroutes facultatives.

Cette situation, le Garde des Sceaux l'a dénoncé en présentant la réforme qui devait aboutir à la loi du 25.01.1985 : il pèse encore une inspiration très répressive, originaire du vieux droit de la faillite ; la loi traite les chefs d'entreprise en suspects ; elle les menace de nombreuses sanctions pénales, parfois archaïques, souvent inutiles et toujours vexatoires (JO Débat Ass. Nat, séance du 5.04.1984, p. 1180). C'est en fonction de cette idée que la loi nouvelle réalise ce que tout le monde appelle une dépenalisation de la matière ; les solutions qu'elle adapte sont spectaculaires (Derrida, op. cit. p. 207).

D'une part, elle subordonne les poursuites pénales au prononcé d'un jugement de redressement judiciaire. Elle abandonne donc la fameuse faillite virtuelle, reposant sur la totale indépendance de la juridiction pénale par rapport à la juridiction commerciale ou civile ; on pourrait dire aujourd'hui que c'est le civil qui tient le pénal en l'état (*ibid* p. 207). D'autre part, simplifiant à l'extrême, la loi de 1985 supprime la catégorie des délits assimilés, pour soumettre tous les délinquants au même régime. Et elle réduit à quatre, tous obligatoires, le nombre des cas de banqueroute. De la sorte, elle reprend trois cas de banqueroute frauduleuse et un cas de banqueroute simple obligatoire, mais en même temps elle diminue les peines encourues. Enfin, elle transfère à la faillite personnelle la plupart des cas de banqueroute qu'elle a supprimé.

Ainsi, on a pu soutenir que le législateur avait réalisé une grande réforme, bouleversant un secteur entier du droit pénal, mais sans bruit (J.-P. Laborde, "Le nouveau droit pénal des procédures collectives ou la réforme

sans bruit", Revue des procédures collectives 1987 n° 1). Il reste que si la réforme s'est opérée de manière silencieuse, la succession de textes législatifs amène à traiter nécessairement du délicat problème du droit transitoire et, dans l'étude qui nous concerne, celui de la rétroactivité "in mitius". Plus précisément, la question était la suivante : la loi du 25.01.1985, entrée en vigueur le 1.12.1986 (art 199 du décret n° 85.1388 du 27.12.1985) devait-elle s'appliquer aux infractions commises avant cette date, et qui n'avaient pas encore donné lieu à une condamnation irrévocable. Si on s'en tient au principe constitutionnel de la "lex mitior", il faudrait répondre par l'affirmative dans la mesure où la loi nouvelle était plus douce que la précédente, du moins dans la plupart de ces dispositions. Pour s'en convaincre il suffit de procéder à un examen de celles-ci. Ainsi, l'article 238 de la loi abroge les articles 1er à 149 et 160 à 164 de la loi du 13.07.1967, dont les articles 126 à 148 qui contenaient les dispositions répressives du texte. D'autre part, l'article 197 (L 1985) ne réprime plus que 4 cas de banqueroute, qui correspondent, pour le premier à l'article 127.3 de la loi de 1967, pour les 3 autres, à ceux de la banqueroute frauduleuse de l'article 129 de cette loi. Mais la répression en est différente. Dans la loi de 1967, la banqueroute simple et délits assimilés étaient punis d'un emprisonnement de 3 mois à 3 ans, et (ou) d'une amende de 5.000 à 100.000 Francs ; et la banqueroute frauduleuse et délits assimilés d'un emprisonnement d'un an à sept ans et d'une amende de 10.000 à 200.000 Francs (art 402 al. 2 et 3 du Code pénal rédaction issue de la loi n° 81.82 du 2.02.1981). Par contre, dans la loi de 1985, la banqueroute toujours obligatoire, est punie d'un emprisonnement de 3 mois à 5 ans de prison et (ou) d'une amende de 10.000 à 200.000 Francs (art 198 L 1985). Ainsi, pour ce qui concerne le cas de banqueroute simple repris par la loi de 1967, c'est une aggravation de la répression, mais pour les cas de banqueroute frauduleuse, une atténuation sensible. Enfin, en ce qui concerne les faits constitutifs de banqueroute de 1967, qui ne le sont plus dans la loi de 1985, celle-ci est encore plus douce, car, ou bien ils sont devenus des cas de faillite personnelle (art 187 et 189 L 1985) ou bien elles ne sont plus réprimées du tout.

Il reste qu'une difficulté majeure apparaît car la loi de 1985 ne s'est pas bornée à abroger la loi de 1967, elle a aussi décidé, dans son article 240 al. 1er, que ses dispositions ne s'appliqueraient qu'aux procédures de redressement ouvertes à compter du 1.01.1986 ; les autres dispositions de ce même article dérogeant à cette dernière solution. A cela, il faut ajouter que, nonobstant une décision du Conseil constitutionnel sur l'examen de cette loi, celui-ci n'a pas inclus dans les dispositions déclarées d'offices inconstitutionnelles cet article 240 contraire à la règle de la rétroactivité "in mitius".

Par conséquent, il appartiendra aux juridictions répressives, à quelque niveau que cela fut, d'examiner l'influence des dispositions nouvelles sur les infractions commises sous l'empire de la loi de 1967, qui n'avaient pas encore été suivies d'une condamnation irrévocable et dont elles demeuraient saisies.

II - Une divergence de jurisprudence au sein des juridictions d'appel

Comme on pourra le voir tout au long de ces développements, l'article 240 de la loi de 1985, s'est borné à reproduire les dispositions de l'article 160 de la loi du 13.07.1967 relatives à son application dans le temps. Et a priori, cela ne devait guère suscité de difficultés si on en croit le Ministère de la Justice (Réponses questions écrites n° 1217 : JO, Débat Sénat 17.07.1986 p. 1013 ; JCP 1986 IV p. 270). Mais, si effectivement, certaines solutions ne pouvaient faire l'objet de la moindre discussion, d'autres pouvaient l'être notamment, à propos de problèmes qui n'avaient pas été soulevés à l'époque, bien qu'ils eussent pu l'être (F. Derrida, Sommaire commenté sur le droit des faillites, Dalloz 1987 p. 1).

On ne s'étonnera pas qu'en ce domaine, les tribunaux et les cours d'appel aient adopté des positions divergentes.

Les unes n'étant que le reflet d'une application cohérente du texte en matière de droit transitoire (A). Les autres faisant une interprétation quelque peu critiquable de la loi de 1985 (B). Enfin la spécificité de certaines est révélatrice des véritables difficultés rencontrées en la matière (C).

A - Une jurisprudence cohérente

Aux termes de l'article 240 alinéa 1, la loi de 1985 s'est déclarée applicable seulement aux procédures ouvertes après son entrée en vigueur. En présence d'une expression identique, qui figurait dans la loi de 1967, la jurisprudence avait décidé qu'il ne pouvait être tenu compte que du jugement ouvrant la procédure, c'est-à-dire à l'époque, du jugement du règlement judiciaire ou de liquidation des biens, la date de l'assignation ou celle de la déclaration de cessation des paiements important peu (Cass. commerciale 16.06.1970, Bulletin civil IV partie n° 47 p. 45). La Cour d'Aix en Provence a repris la solution dans une série d'arrêts rendus le 21.03.1986 (Dalloz 1987 SC op. cit. p. 1). Ces décisions sont intervenues après appel du Procureur de la République du TGI de Marseille contre des jugements du tribunal de commerce de Marseille qui avaient, après le 1.01.1986, ouvert des procédures de règlements judiciaires ou de liquidation des biens, au motif qu'avant cette date, il avait été saisi d'une assignation ou d'une déclaration de cessation des paiements. La Cour d'appel d'Aix précise même que "statuant après le 1.01.1986, le tribunal était tenu d'appliquer la loi nouvelle et ne pouvait, sans violation par fausse interprétation l'article 240 de la loi du 25.01.1985, se référer à un texte désormais abrogé, la nullité du jugement découle nécessairement de cette constatation".

Dans un arrêt du 14.05.1986, la Cour d'appel de Versailles a adopté la même solution à propos d'un jugement de liquidation des biens prononcé avant le 1.01.1986, qu'elle a annulé en raison de l'irrégularité de la saisine du juge de première instance (Dalloz 1987 SC op. cit. p. 2). De telles décisions, furent approuvées par une partie de la doctrine (Derrida, Dalloz 1987 op. cit. p. 2). Ainsi la juridiction d'appel fait une distinction entre la nature des actes intervenus dans une procédure de redressement et de liquidation judiciaire. Le corollaire d'un tel *distinguo* tient dans l'application des législations susceptibles de gérer l'affaire pendante devant les tribunaux et ce, en fonction

du moment où sont pris ces actes juridiques. Dans une telle hypothèse, la rétroactivité "in mitius" n'est visée qu'indirectement. Il était toutefois important de le signaler car cette jurisprudence neutralise dans le temps les textes anciens et nouveaux eu égard aux différents actes qui gravitent autour d'une procédure de faillite.

En adoptant une telle solution, le juge judiciaire s'octroie un large pouvoir d'appréciation et de choix quant aux procédures à utiliser face à des entreprises en difficulté. En l'espèce, il fait prévaloir la loi de 1985, qui dans son ensemble paraît être plus favorable aux acteurs économiques, concernés par ce texte. On retrouve une telle attitude en matière de sanctions infligées aux sociétés qui auraient contrevenu aux dispositions de cette loi.

Nous signalerons enfin, une décision de la Cour d'appel de Grenoble en date du 4.06.1986 qui aborde ce mouvement jurisprudentiel avec la même logique mais sur un autre terrain. En effet, devant cette juridiction d'appel, se posait le problème de l'ouverture d'une procédure personnelle contre un dirigeant qui, condamné sous le régime ancien à combler l'insuffisance d'actif social en vertu de l'article 99 de la loi de 1967, ne s'était pas exécuté. Bien qu'il eut statué après le 1.01.1986, le tribunal d'instance avait fait application de l'article 100 de cette loi. La Cour de Grenoble approuve cette position : "malgré l'entrée en vigueur de la loi du 25.01.1985 portant abrogation des articles 1 à 149 et 160 à 164 de la loi du 13.07.1967, c'est à bon droit que, en l'espèce, le tribunal de commerce a fait survivre la loi ancienne, même s'il est soutenu que la procédure concernant le dirigeant est indépendante de celle concernant la société". Pour M. Derrida, la mesure édictée par ce texte uniquement sous l'angle patrimonial, la solution ne peut être qu'approuvée (Daloz 1987, SC op. cit. p. 3). En effet, la condamnation à combler l'insuffisance d'actif, même s'il avait été décidé après le 1.01.1986, que le prononcé du règlement ou de la liquidation des biens du dirigeant étaient la suite indélébile de la procédure ouverte avant cette dernière date ; les conséquences attachées à cette procédure devaient être soumises au régime applicable à cette procédure elle-même, le tout formant un ensemble homogène et indissociable, l'article 181 de la loi de 1985, n'avait donc aucune vocation à recevoir application (ibid p. 3).

Une telle jurisprudence soulève néanmoins des difficultés. Même sous la loi de 1967, il est difficile d'ignorer le caractère répressif et l'aspect sanctionnateur attachés à l'article 100 ; le règlement judiciaire et la liquidation des biens étaient devenus des mesures de sélection économique ; la loi de 1985 a encore accentué ces traits pour le redressement judiciaire ; ne serait-il pas absurde de rechercher si, abstraction faite de toute autre activité, la mesure prise à l'encontre du dirigeant est destinée à permettre le redressement d'une entreprise. Son caractère artificiel serait évident sur ce terrain (ibid p. 3).

En réalité, et comme l'avait fait le législateur en 1967, la loi de 1985 a utilisé la procédure de redressement judiciaire comme une sanction contre le dirigeant défaillant. Cet aspect répressif est éclatant, dans l'article 182 (Titre V de la loi, consacré aux dispositions particulières aux personnes morales et à leurs dirigeants) dont les cas d'applications se sont enrichis, par rapport à ceux de l'article 101 de la loi de 1967, d'un certain nombre de comportements tous constitutifs de malhonnêteté, sinon de fraude appelant la répression.

Dès lors, le domaine d'application de la loi de 1985 dans le temps au regard des articles 180 à 182 devrait obéir aux règles qui s'appliquent aux sanctions et non à celles qui concernent des mesures de caractère patrimonial. On se trouverait donc en présence de dispositions plus sévères dont le principe constitutionnel de non rétroactivité empêcherait la mise en œuvre pour des situations juridiques nées avant ce texte. On peut regretter, que le juge ne se soit pas placé sur le terrain des sanctions car l'abrogation de la loi de 1967 par l'article 240 de la loi de 1985, et l'application des dispositions de cette dernière aux seules procédures ouvertes à compter du 1.01.1986 devrait conduire, compte tenu du vide législatif qui en résulterait, à ne plus pouvoir prononcer de règlement judiciaire ou de liquidation de biens contre des dirigeants qui n'auraient pas exécuté les condamnations à combler l'insuffisance d'actif social prononcé contre eux dans le cadre de procédures anciennes. Car, comme le remarque le professeur Derrida, on ne saurait davantage en droit civil ou commercial, qu'en droit pénal, appliquer une sanction sans texte (ibid p. 3). Et le principe constitutionnel de la légalité criminelle consacre cette formule de manière indiscutable. Il reste que si de l'ensemble de ces arrêts, il ressort une certaine cohérence quant aux solutions adoptées, il n'en est pas de même pour d'autres décisions qui demeurent critiquables.

B - Une jurisprudence critiquable

La Cour d'appel de Paris a refusé, par deux arrêts rendus le 6.05.1986 et le 14.03.1986, d'appliquer, en matière de faillite personnelle, les solutions résultant de la loi du 25.01.1985 dans les procédures ouvertes antérieurement au 01.01.1986. Dans la première décision, le juge d'appel estime qu'il résulte des articles 238 et 240 de la loi du 25.01.1985 que ces dispositions sont relatives aux sanctions dont pourront faire l'objet les dirigeants d'une société soumise à une procédure de liquidation des biens avant le 1er janvier 1986 et sont sans application en l'espèce, la procédure continuant à être soumise, du fait du principe de non rétroactivité de la loi nouvelle posée par l'article 2 du Code civil au régime législatif antérieurement applicable (Dalloz 1987, SC, p. 3).

Ce qui confirme implicitement les alinéas 2 et 3 de l'article 240, "de telles dispositions postulant en effet nécessairement pour l'application de l'ancienne législation aux procédures ouvertes avant le 1.01.1986". Dans la même décision, la Cour va plus loin en donnant une définition de la nature des mesures prises dans le cadre des procédures prévues par la loi de 1967, et les conséquences qui s'y attachent. En effet, "la faillite personnelle et les interdictions édictées par les articles 106 à 109 de la loi du 13 juillet 1967 ne sont ni par leur nature ni par leur but des peines complémentaires, des sanctions disciplinaires ou des sanctions professionnelles, mais constituent des mesures d'intérêt public destinées à tenir écarté des relations commerciales, dans l'intérêt exclusif des tiers, ceux qui se sont montrés malhonnêtes ou simplement incompetents ; il s'en suit que de telles mesures échappent au droit pénal et que les problèmes relatifs, en ce qui les concerne, aux conflits de loi dans le temps doivent être résolus par référence exclusive aux règles du droit civil". La formule de ces attendus rappelle la rédaction d'un

véritable code de déontologie à ceux qui exercent le métier de commerçant entendu largement.

La deuxième solution jurisprudentielle reprend le même raisonnement : "l'article 240 de la loi du 25.01.1985, en mentionnant, d'une part, que les nouvelles dispositions ne s'appliquent qu'aux procédures ouvertes après leur entrée en vigueur, et en exceptant, d'autre part, que les seules dispositions du quatrième alinéa de l'article 195, a exclu implicitement de l'application immédiate de la loi les autres dispositions de ce même texte, en particulier celles de son alinéa 1er, qui prévoit la faculté pour le juge de limiter la durée de la faillite qu'il prononce" (Daloz 1987, SC, p. 4).

Ainsi, il n'y a aucune peine à démontrer qu'en matière civile, la loi du 25.01.1985 n'a aucun titre à s'appliquer, si ce n'est pour ces dispositions qui s'y déclarent expressément applicables. Malgré l'approbation qu'elle a reçu de la part de certains auteurs (Marchi, GP du 4 et 5 juin 1986 p. 10), la solution demeure fort critiquable pour une autre partie de la doctrine dont nous ferons état dans les développements qui vont suivre (Derrida, Daloz 1987 SC op. cit. p. 4).

En effet, la faillite personnelle et les mesures d'interdiction succédanées relèvent-elles essentiellement du droit civil ; de manière plus précise, échappent-elles aux règles essentielles de légalité des délits et des peines qui ont cours habituellement en droit pénal (op. cit. p. 4). Si on ajoute à cela, la valeur constitutionnelle de ce principe et celui de la règle de la "lex mitior" dont il est issu, il est permis de se poser des questions.

Certes, il ne saurait être question de contester le caractère civil des sanctions de caractère personnel qu'a édicté la loi de 1967 et qu'a reprise la loi de 1985 ; encore faut-il réserver le cas où ces sanctions sont prononcées, par application de l'article 201 de la loi de 1985, comme l'avait fait l'article 126 al. 2 de la loi de 1967 ; de plus, ce caractère civil ne saurait dissimuler la nature "quasi-pénale" de la mesure (ibid p. 4). Dès lors, quel que soit son domaine d'application, qu'il soit civil, professionnel ou disciplinaire, qu'il s'agisse d'une mesure de sûreté, d'une interdiction professionnelle ou d'une mesure d'intérêt public ; toute sanction doit obéir aux principes essentiels que connaît la sanction pénale proprement dite, spécialement le principe de la légalité des délits et des peines doit être respecté.

On citera, à cette fin, un arrêt de la troisième Chambre de la Cour d'appel de Paris qui déclare expressément applicable à la faillite personnelle le principe de la légalité criminelle et celui de la non rétroactivité (inédit, citée par Derrida, op. cit. p. 4). Comme le relève ce commentateur autorisé, le problème est de savoir si, au moment où elle se prononçait, la Cour d'appel pouvait asseoir sa décision sur un texte toujours en vigueur ; force est de constater qu'il n'en était rien, puisque comme elle le reconnaît, la loi de 1985 ne peut s'appliquer qu'aux procédures ouvertes à compter du 1.01.1986, tandis que la loi de 1967 qui, en première instance, avait servi de support législatif à l'interdiction prononcée, avait été abrogée expressément et sans la moindre réserve (ibid p. 4).

Il y a là en réalité, une contradiction impossible à surmonter. Toutefois, pour y échapper, l'arrêt du 14.03.1986 relève que, dans son alinéa 4, l'article 240 de la loi de 1985 permet l'application de l'article 195 al. 4 (relèvement judiciaire des interdictions et déchéances) aux faillites personnelles et autres sanctions prononcées en application des articles 105 à

109 du 13.07.1967, ce qui excluait implicitement de l'application immédiate de la loi les autres dispositions de ce même article, en particulier celles de son alinéa 1er (prononcé de la faillite personnelle pour une durée limitée). De la sorte, la Cour d'appel a pu refuser de limiter dans le temps la durée de la faillite personnelle qu'elle prononçait (ibid p. 4).

On peut regretter une solution aussi catégorique dans la mesure où le droit pénal transitoire est écarté du débat judiciaire sans qu'il en soit tiré toutes les conséquences sur le plan de la protection des droits fondamentaux de l'individu. Mais, c'est la rédaction du texte législatif qui révèle la difficulté. Ce n'est que par référence aux dérogations prévues à l'alinéa 4 de l'article 240 (L 1985) que certaines dispositions de la loi de 1967 peuvent revivre momentanément.

Dès lors, c'est par ce biais que le juge pouvait s'autoriser la comparaison des législations en présence pour décider soit de la non rétroactivité, soit de la rétroactivité "in mitius", et ce, en fonction de la sévérité ou de la douceur des dispositions introduites par la loi de 1985.

Enfin dans un dernier point, nous envisagerons l'étude d'une décision de la Cour d'appel d'Aix en Provence qui aborde clairement le problème de la "lex mitior". Toutefois, celle-ci n'est pas exempte de toutes remarques dans la mesure où elle révèle la réalité de certaines difficultés propres à la loi de 1985.

C - Une jurisprudence révélatrice

En l'espèce, la Cour d'appel d'Aix en Provence avait à examiner l'influence des dispositions nouvelles sur les infractions commises sous l'empire de la loi de 1967 et, qui n'avaient pas encore été suivies d'une condamnation irrévocable et dont elle demeurait saisie dans l'affaire suivante (11.02.1986, Dalloz 1986 J p. 150, observations F. Derrida).

Un commerçant avait été condamné en première instance le 3.06.1985 à 3 mois d'emprisonnement, dont deux avec sursis, pour ne pas avoir sans excuse légitime, déclaré la cessation de ses paiements dans les 15 jours (art 128.3 L 1967) et ne s'être pas présenté au syndic malgré la mise en demeure qu'il en reçu personnellement de la gendarmerie (art 128.4 L 1987). De cette décision, il fait appel, et l'affaire venait à l'audience de la Cour le 22.01.1986, c'est-à-dire après l'entrée en vigueur de la loi du 25.01.1985. Le juge d'appel a tenu à faire état de l'abrogation de la loi de 1967 et du caractère plus doux de la loi de 1985. Citons la Cour d'appel d'Aix en Provence : "l'ancien délit de banqueroute pour omission de déclaration au greffe dans les 15 jours de la cessation des paiements n'a pas été repris par la législation nouvelle qui connaît cependant cette même situation. La loi ancienne doit être considérée comme immédiatement abrogée, aucune disposition ne reprenant l'ancienne prescription de l'article 128.4 de la loi du 13.07.1967, il y a lieu de considérer que la loi plus douce est d'application immédiate". En réalité, une telle rédaction est une pétition de principe car le résultat est exactement le même dans un cas comme dans l'autre. A la limite, il faut l'interpréter comme étant l'un la conséquence de l'autre. En effet, les faits dont la Cour d'appel était saisie, c'est-à-dire le défaut de déclaration de la cessation des paiements dans les 15 jours et le défaut de présentation devant le syndic, ne sont plus réprimés pénalement (Dalloz 1986, op. cit., p. 151) ; la loi de

1985 ne les incriminait plus, l'application du texte nouveau plus favorable aux procédures anciennes conduit à une relaxe, comme si la législation de 1967 ne pouvait plus recevoir application en raison de son abrogation.

En revanche, pour des faits qui tomberaient sous le coup de l'une ou l'autre loi, il faudrait choisir entre les deux opinions, abrogation ou rétroactivité "in mitius", car la première conduit à une relaxe, la seconde à une condamnation, celle-ci serait-elle plus légère dans la loi nouvelle (Derrida, Dalloz 1986 op. cit. p. 151). Toutefois, la mise en œuvre du principe de la rétroactivité "in mitius", telle que l'a fait la Cour d'appel d'Aix implique l'application de la loi nouvelle à des faits commis et poursuivis au titre des procédures anciennes, se heurte à une objection décisive : l'article 240 (L 1985) limite aux seules procédures ouvertes à compter de son entrée en vigueur, l'application de ses dispositions. C'est-à-dire que cette loi ne saurait à aucun titre être appliquée dans les procédures anciennes. On peut se référer aux travaux préparatoires de la loi du 25.01.1985 pour corroborer une telle solution. Ainsi, il avait été question de faire application des dispositions répressives nouvelles dans les procédures anciennes à compter de leur entrée en vigueur. Un amendement fut voté en ce sens au Sénat (JO Débat Sénat, séance du 12.06.1984 p. 1501, art 232 bis). Mais il fut refoulé à l'Assemblée Nationale, au motif que la rétroactivité risquait de conduire à des difficultés inextricables (JO Débat Ass. nat., séance du 15.10.1984 p. 4764) ; la Commission du Sénat se rallia à cette position (Rapport n° 54 p. 76).

D'autre part, lorsque le législateur a voulu appliquer les dispositions répressives de la loi de 1985 aux procédures en cours, il l'a expressément déclaré, c'est ce qu'il a fait dans l'article 240 al. 4 à propos du relèvement des interdictions et déchéances attachées à la faillite personnelle et aux succédantes, que permet l'article 195 al. 4 (L 1985). A contrario, les autres dispositions répressives de la loi de 1985 ne peuvent être appliquées aux procédures anciennes (ibid p. 152).

Une fois encore, c'est la rédaction de l'article 240 al. 1 qui est en cause. Dès lors, on ne saurait permettre au législateur de refuser aux entreprises, visées par une des procédures de la loi de 1967, de bénéficier de la faveur de certaines dispositions de la loi de 1985. D'autant que dans tous les cas, en abrogeant totalement la législation de 1967, la loi s'est montrée plus favorable que si elle avait respecté le principe de la rétroactivité "in mitius" (Derrida, Dalloz 1986 op. cit. p 157 note 7 in fine).

Cet auteur déplore ce résultat car la banqueroute est la terre d'élection de la criminalité en col blanc (ibid p 152). Il est préférable d'insérer dans l'article 238 un alinéa final prescrivant le maintien en vigueur des dispositions abrogées pour les procédures ouvertes avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi (ibid p. 152). Mais une telle solution risque de porter atteinte au principe constitutionnel de la "lex mitior", car cela aboutirait à faire subsister des dispositions anciennes dont certaines seraient moins favorables aux contrevenants.

En réalité, on aurait pu éviter cette difficulté en disposant dans l'article 240, que la loi du 25.01.1985 s'appliquait non seulement aux procédures ouvertes après leur entrée en vigueur, mais aussi et surtout aux procédures ouvertes avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. C'est une telle question que ne manquera pas de connaître la Cour de cassation dans une de ces formations contentieuses.

III - Vers une harmonisation de la jurisprudence de la Cour de cassation

L'application de la "lex mitior" dans le cadre du droit pénal des entreprises en difficulté retiendra notre attention sur deux points particuliers, ayant fait l'objet de critiques et de controverses.

Nous aborderons tout d'abord la difficulté majeure tenant à la rédaction en des termes inconstitutionnels de l'article 240 al. 1 du nouveau texte sur le redressement judiciaire. Et dans cette hypothèse, c'est le droit pénal transitoire qui est directement en cause (A). Nous envisagerons ensuite la "lex mitior" dans le cadre d'une disposition de droit pénal matériel : c'est-à-dire le délit de malversation (B).

A - La rétroactivité "in mitius" dans le cadre du droit pénal transitoire : l'article 240 alinéa 1

En matière de jurisprudence de la Cour de cassation, on ne pouvait manquer de signaler l'arrêt rendu le 10.03.1986 par la Chambre criminelle, dans l'affaire suivante (BC n° 97 1er arrêt ; Dalloz 1986 J p 182 observations Derrida ; GP 1986 p. 536 observations J.-P. Marchi).

En l'espèce, le sieur Iman s'était rendu coupable pour la période du 1.10.1977 au 12.07.1980, d'une part du délit de banqueroute frauduleuse par détournement d'actif, et d'autre part du chef de banqueroute simple par non-déclaration de son état de cessation des paiements et tenue irrégulière de comptabilité.

La Chambre correctionnelle de la Cour d'appel de Colmar condamne le prévenu aux peines de 15 mois d'emprisonnement avec sursis et 20.000 francs d'amende, et ce, en vertu de l'article 129 de la loi du 13.07.1967. Le requérant forma un pourvoi en cassation contre cette décision d'appel, en estimant qu'il devait bénéficier du nouveau régime plus favorable instauré par la loi du 25.01.1985 sur le redressement et la liquidation judiciaire.

La difficulté que devait surmonter la Chambre criminelle dans l'affaire en question était celle de la reprise par la loi de 1985 du délit de banqueroute frauduleuse par détournement d'actif réprimé déjà dans le cadre de la loi de 1967. Par contre, pour les faits d'infractions à la législation sur les banqueroutes commis avant le 1.01.1986, mais qui ne sont plus pénalement réprimés par la loi de 1985 (tenue irrégulière de comptabilité et défaut de déclaration de la cessation des paiements dans le délai de 15 jours notamment), les juridictions pénales ne peuvent que constater l'extension de l'action publique par abrogation de la loi pénale :

- Tribunal correctionnel de Paris (IIème Ch.) 15, 16. et 17 janvier 1986 (GP 1986 I, p 136 note J.-P. Marchi).

- Paris (9ème Ch. A) 14 janvier et 10 février 1982, Cass. crim. 3.02.1986 Chauvet (BC n° 41 p 97), Aix en Provence 11.02.1986 (Dalloz 1986 I p. 150 observations Derrida).

Dans l'affaire qui nous intéresse, la Chambre criminelle relève en effet que "les faits de détournement d'actif poursuivis, bien que soumis sous l'empire des dispositions abrogées de la loi du 13.07.1967 entrent dans les prévisions de la loi du 25.01.1985 et justifient une condamnation prononcée

au regard de l'une et de l'autre de ces deux lois". Il en résulte que le délit de banqueroute par détournement d'actif même commis antérieurement au 1.01.1986 est toujours punissable dans les limites, comme le souligne la Cour de cassation, "des peines maximales prévues à l'article 402 du nouveau Code pénal". En effet au regard de ce délit, les nouvelles pénalités étant moins sévères que les pénalités anciennes, il convient de faire bénéficier les prévenus de l'application pénale plus douce. Pour justifier sa décision, la Chambre criminelle constate que "si le délit de banqueroute par détournement d'actif, tel que le définit l'article 197.2 de la loi du 25.01.1985, suppose qu'une procédure de redressement judiciaire a été ouverte, il s'agit là d'une condition préalable à l'excuse de l'action publique constitutive d'une règle de procédure qui ne saurait avoir l'effet sur les poursuites régulièrement engagées avant son entrée en vigueur".

Cette décision fut approuvée par une partie de la doctrine pour qui la Chambre criminelle a su éviter tout vide législatif dans l'application du droit pénal de la banqueroute (Marchi, GP 1986 op. cit. p. 537).

Plus encore, cette solution a été dictée pour des motifs de répression : en effet l'article 238 (L 1985) abrogeant toute la législation de 1967, les individus poursuivis ou même condamnés par une décision non encore définitive au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, devaient logiquement être relaxés alors que cette loi incriminerait toujours les agissements qui leur étaient reprochés (W. Jeandidier, "Droit pénal général", Montchrétien 1988 p 124 n°135).

Toutefois cette même jurisprudence fut vivement critiquée (Derrida, Dalloz 1986 op. cit. p. 183 § 3). Pour cet auteur, la Haute juridiction contrevient directement à l'article 240 al. 1 de la loi de 1985, qu'après avoir cité dans les textes visés, elle passe curieusement sous silence dans sa motivation. On comprend, d'autant moins cette solution que le juge de cassation débute sa décision par la formule suivante : "en l'absence de dispositions contraires expresses, une loi nouvelle qui abroge une incrimination s'applique aux faits commis avant son entrée en vigueur et non encore définitivement jugés". Or une telle disposition existe, c'est le fameux alinéa 1 de l'article 240 (L 1985) qui exclut l'application de la loi nouvelle aux faits commis antérieurement. Une contradiction de ce type ne peut provenir que de l'inconstitutionnalité flagrante de cette disposition législative, compte tenu du précédent constitutionnel en matière de rétroactivité "in mitius". A cela s'ajoute le fait, qu'il n'appartient pas à la Cour de cassation d'apprécier la constitutionnalité d'une loi, d'autant qu'en l'occurrence le Conseil constitutionnel n'avait pas compris cet article 240 dans les dispositions de la loi de 1985 qu'il avait d'office déclaré non conforme à la Constitution (ibid p. 183).

En l'espèce, la Haute juridiction judiciaire outrepassa l'interdiction, car en ignorant cet article 240 dans la discussion, la Chambre criminelle aboutit exactement au résultat qui eût été celui qu'elle eût atteint si elle avait elle-même déclaré cet article non constitutionnel (ibid p. 183).

La neutralisation de l'article 240 al. 1 n'a pu se réaliser qu'en faisant référence à la notion de "procédure de redressement judiciaire". Condition strictement procédurale, elle est régie par la règle de l'application immédiate propre aux lois pénales de forme. Ainsi, aucune discontinuité ne pouvait donc apparaître, dans cette conception de la loi ancienne et la loi qui la remplaçait

(Merle et Vitu, op. cit. n° 245 p 333). Avec une telle construction prétorienne, la Cour de cassation est sur la voie d'une harmonisation de ses décisions sur celles du Conseil constitutionnel, et la constitutionnalisation du droit pénal n'est plus un mythe.

Comme le relève le Doyen Favoreu, il y a une correction de l'omission du Conseil qui n'avait pas inclus dans les dispositions déclarées d'office inconstitutionnelles dans la décision du 18.01.1985, cet article contraire à la règle de la rétroactivité "in mitius" (Mélanges Vitu, op. cit. p 198). Bien plus, elle a démontré d'une part, qu'elle appliquait les décisions du Conseil constitutionnel, et que d'autre part, elle pouvait en tirer le maximum de conséquences en utilisant les normes constitutionnelles ainsi dégagées et dont l'effectivité est alors tout à fait établie. Par conséquent, il y a une voie nouvelle entièrement intéressante et pleine de promesse (ibid p 199).

Il reste que cette décision a fait l'objet d'une controverse entre le professeur Derrida dont nous nous sommes inspirés tout au long de ces développements, et M. J.-P. Laborde dans un article sur "Le nouveau droit des procédures collectives ou la réforme sans bruit" (Revue des procédures collectives 1987 n° 1)

Le magistrat reproche à l'universitaire de méconnaître le sens de l'article 240 de la loi de 1985. En effet, celui-ci ne concerne que des dispositions extra-pénales et c'est là l'unique raison qui a permis au Conseil constitutionnel de ne pas le sanctionner, puisque la Haute juridiction a reconnu au principe de la "lex mitior" une valeur constitutionnelle (ibid p 18 ; dans le même sens : note Roujou de Boubée sous Cassation 10.03.1986, Dalloz 1986 IRSC p 407).

Nous ne pouvons retenir une telle critique car en faisant référence qu'aux procédures ouvertes après leur entrée en vigueur, le législateur visait notamment l'article 197 de ce même texte définissant clairement l'infraction de banqueroute, réprimée par des peines d'emprisonnement et (ou) d'amendes dont l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire apparaît comme un élément constitutif du délit. En effet, ce n'est qu'en cas d'ouverture de procédure de redressement judiciaire que la culpabilité en matière de banqueroute se caractérise. Ce qui signifie bien qu'en cas de non ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ne seront pas coupable de banqueroute les personnes inculpées. Dès lors, le délit de banqueroute ne peut être constitué. La règle ainsi posée s'analyse donc bien comme une règle de fond et non comme une règle de procédure. D'ailleurs, elle ne figure pas au chapitre III du même titre VII qui détermine ainsi que son intitulé le précise "les règles de procédure" applicables notamment en matière de banqueroute. Ce qui, a contrario, renforce encore l'opinion selon laquelle il ne peut s'agir d'une simple règle de procédure, et ce, même si cette disposition de fond comporte des implications procédurales importantes.

Dès lors, il apparaît difficile de dénier le caractère pénal à cette disposition textuelle. D'autre part, les auteurs en faveur de l'extra-pénalité ne font valoir aucun argument valable au soutien de leur démonstration. Il se contente uniquement d'affirmer que les dispositions transitoires contenues dans la loi de 1985, et notamment dans l'article 240 ont trait au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, c'est-à-dire des matières "extra-pénales" (Dalloz 1986 IRSC op. cit. p 407). Une telle proposition demeure une pétition de principe, et on peut reprocher à ces mêmes commentateurs de

ne pas être allé plus loin en se demandant, d'une part si ces matières ne faisaient pas l'objet d'une répression sur le plan pénal, et d'autre part, les liens qu'elles entretenaient avec la matière répressive. Le caractère extra-pénal de cet article aurait pu se concevoir sans grande difficulté si la loi s'était limitée à des sanctions sur le plan patrimonial ou professionnel. Or en l'espèce, ce n'est pas le cas.

Une telle approche doctrinale se justifie uniquement par un souci d'assurer une plus grande répression afin d'éviter que la délinquance en col blanc soit plus favorisée et que les délinquants y trouvent leur compte (Laborde, *Revue des procédures collectives* 1987, op. cit. p 19).

Pour notre part, nous préférons nous ranger à l'opinion du professeur Derrida qui adopte une position claire ne soulevant guère de difficultés d'application. En définitive, ni le juge, ni l'interprète ne saurait se substituer à la loi quand, dans la matière qu'elle peut régir, elle a édicté des dispositions qui ne comportent aucune ambiguïté et qui doivent recevoir une application générale, sans qu'il soit possible d'y introduire une distinction arbitraire entre l'extra-pénal et le pénal (Dalloz 1987 SC, op. cit. p. 5 note a in fine).

Une telle jurisprudence n'est pas restée isolée et elle a été confirmée par certaines juridictions d'appel : Paris 9ème Ch.A 4.06.1986 et Versailles Ch. d'accusation 13.05.1986 (Dalloz 1987 IRSC p. 5 observations Derrida) ; comme par la Chambre criminelle de la Cour de cassation : 12.10.1987 BC n° 345, Dalloz 1988 J p. 37 observations Derrida.

On notera également qu'un tel mouvement jurisprudentiel n'a pas fait l'unanimité de la part de certaines juridictions de première instance et d'appel, qui ont fait preuve d'une certaine résistance. Ces dernières ont pris le contrepied de la solution précédente en préférant voir "dans l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire non une simple condition de la poursuite, mais un élément constitutif du délit ; qu'il s'agit d'une règle de fond et non d'une règle de procédure" (Cour d'appel de Versailles 4.03.1987, Dalloz 1987 J p 346 observations Derrida ; TGI de Laon 23.05.1986 Dalloz 1986 J p. 358 observations Derrida).

Dans ces décisions, le juge pénal s'attache plus que jamais au respect "du principe constitutionnel de la légalité des peines et délits dont découlent deux autres principes, également fondamentaux, celui de l'interprétation restrictive des lois pénales et de la proscription corollaire en cette matière du raisonnement par analogie, déduction ou présomption, et celui de la non rétroactivité des lois pénales de fond" (TGI de Laon 26.05.1986 précitée).

Cette motivation semble correspondre aux principes élémentaires de droit pénal classique avec lesquels la Cour de cassation, dans son arrêt du 10.03.1986, a pris tant de liberté. C'est sur un autre point, qui n'est que la conséquence du premier, que la décision commentée fait l'objet d'une seconde critique (Derrida, Dalloz 1986 op. cit. p. 183).

Le deuxième argument du professeur Derrida s'appuie sur le début de l'alinéa 1er de l'article 197 concernant la nécessité de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire préalable à toute condamnation pénale. Il estime que faire de l'exigence du jugement de redressement judiciaire une règle de procédure, c'est se méprendre sur les termes mêmes de cette disposition. Celle-ci se réfère à la procédure de redressement judiciaire pour désigner l'ensemble des dispositions, le corps de règles qui, formant un tout, est applicable à l'institution du redressement judiciaire ; ce n'est pas pour autant

une disposition de procédure, processuelle. Et l'éminent auteur de conclure, c'est donc forcer le sens du mot "procédure" figurant dans l'article 197 que de prétendre faire de ce texte une disposition de procédure (ibid p. 184).

Une telle objection marque la volonté de faire de cette disposition une règle de fond afin d'assurer une harmonisation avec les décisions de justice fidèles au principe de légalité criminelle.

Enfin, sur le plan de la pratique judiciaire, la jurisprudence de la Cour de cassation engendre des difficultés considérables. Comme MM. Beaune, substitut général près de la Cour d'appel d'Aix et Fayen, premier substitut au parquet de Lyon, l'ont indiqué au IX^{ème} Congrès de l'association française de droit pénal dans un rapport consacré "au rôle nouveau du ministère public" : cette jurisprudence en faisant du jugement de redressement judiciaire une simple condition préalable à l'infraction de banqueroute, gêne les parquets pour déclencher des enquêtes préliminaires, alors qu'ils ont informé de faits graves, tel le démenagement d'un stock, mais qu'un jugement de redressement judiciaire n'a pas encore été prononcé ("Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise", *Économica* 1989 p. 283).

Globalement, l'intérêt d'une telle controverse est d'avoir mis en opposition deux principes constitutionnels de même valeur. D'une part, il s'agit du principe de la non rétroactivité des lois pénales plus sévères, si on admet que l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire est une règle de fond. D'autre part, c'est le principe de la "lex mitior" qui est en cause lorsque cette même mesure sera considérée comme une règle de procédure. La conséquence de cette dernière proposition est de permettre une véritable répression, mais au prix de certaines libertés avec la tradition juridique de la non rétroactivité de la loi pénale. Bien plus, elle a permis d'apporter une correction à l'article 240 al. 1 qui méconnaissait ouvertement le principe de la "lex mitior". Et ce d'autant que la majeure partie des dispositions de la loi de 1985 sont plus favorables aux contrevenants.

Il reste que pour le délit de banqueroute simple visé à l'article 190 al. 1 de la loi de 1985, le problème reste entièrement posé. En effet, c'est la seule disposition qui, dans le mécanisme sanctionnateur a été aggravée par rapport à la loi de 1967. On est passé d'une peine d'emprisonnement de trois mois à trois ans et (ou) d'une amende de 5.000 à 100.000 francs, à une peine d'emprisonnement de trois mois à cinq ans et (ou) d'une amende de 10.000 à 200.000 francs.

Dans cette hypothèse, on ne sait pas quelle solution adoptera la Chambre criminelle de la Cour de cassation. Entre le réajustement de sa jurisprudence et la méconnaissance du principe constitutionnel de la non rétroactivité des lois pénales plus sévères, gageons qu'elle opte en faveur de la première proposition.

Aux termes de ces quelques développements, il apparaît que l'harmonisation des décisions de la Cour de cassation sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, en matière de rétroactivité "in mitius" est souvent difficile à mettre en œuvre. Cela tient à deux raisons : d'une part, il se peut compte tenu des conditions de la saisine de la juridiction constitutionnelle, que le législateur ne fasse pas l'objet d'une sanction lorsqu'il méconnaît le principe de la "lex mitior". A cela se conjugue le fait que le juge répressif n'exerce pas le contrôle de constitutionnalité des lois. D'autre part, il faut tenir compte de la spécificité de la matière qui est souvent d'un maniement

délicat, générant des principes qui lui sont propres et dont le droit constitutionnel jurisprudentiel a du mal à percevoir les contours et les implications. On retrouve aussi une série de difficultés lorsqu'on se situe sur le plan du droit pénal matériel et plus précisément dans le cadre du délit de malversation.

B - La rétroactivité "in mitius" dans le cadre du droit pénal matériel : le délit de malversation

Pour mieux appréhender l'étendue du problème, nous consacrerons, dans un premier temps, quelques développements afin de mieux systématiser les données du problème (1) Puis, nous examinerons l'évolution jurisprudentielle de la Cour de cassation, et ce, compte tenu des difficultés que cela a pu susciter (2).

1 - Les données du problème

L'ancien article 146 de la loi de 1967 avait été repris purement et simplement par le projet de loi sur les entreprises en difficulté, en visant les nouveaux mandataires de justice, et voté dans les mêmes termes par le Parlement. Seul M. Serge Charles, à l'Assemblée Nationale, lors de la discussion en deuxième lecture avait posé le problème de la compatibilité du délit de malversation avec le principe de la légalité des délits et des peines. Un amendement avait d'ailleurs été déposé par lui, en ce sens, pour réprimer : "Tout administrateur, représentant des créanciers, liquidateur ou commissaire à l'exécution du plan qui, intentionnellement et dans un intérêt personnel, aura détourné du préjudice des créanciers ou du débiteur des biens meubles ou immeubles confiés à sa gestion ; la même pénalité devant s'appliquer aux mêmes personnes qui se rendent acquéreurs, pour leur compte, directement ou indirectement des biens du débiteur ou en détourneront l'utilisation à leur profit". M. Charles critiquait, bien sûr, dans la disposition initiale le fait de ne pas définir le délit et de le désigner simplement d'une façon générique (JO Ass. Nationale 15.10.1984 pp. 4756 et 4657). Le garde des Sceaux n'avait pas désiré en tenir compte et l'amendement avait été repoussé.

La saisine du Conseil Constitutionnel, sur ce point, par les députés RPR et UDF a porté ses fruits. La Haute Juridiction a, en effet, considéré que l'article 34 de la Constitution précisant que "la loi fixe les règles concernant la détermination des crimes et délits ainsi que leur peine qui leur sont applicable", il en résultait "l'obligation pour le législateur de définir les éléments constitutifs des infractions en des termes clairs et précis" et qu'ainsi, l'article 207 soumis au Conseil Constitutionnel "n'avait pas défini l'infraction qu'il vise à réprimer (84-143 DC du 18.01.1985, Rec. p.32, lettre de saisine publiée au JO du 20.01.1985 p. 826).

Si la déclaration de non conformité était fidèle au principe constitutionnel de la légalité criminelle imposant au législateur de définir les infractions en des termes clairs et précis, elle n'allait pas sans soulever certaines difficultés d'application.

Du fait de l'annulation prononcée, l'article 146 restait toujours en vigueur avec une définition du délit de malversation contraire à la Constitution. Dans ces conditions, c'est aux juridictions répressives qu'il

appartenait d'apprécier cette nouvelle situation, et ce, répétons-le, dans la mesure où ils ne leur appartient pas d'exercer un contrôle sur la constitutionnalité des lois.

2 - L'évolution jurisprudentielle en matière de délit de malversation

La première réponse ne se fit pas attendre, et c'est la Chambre criminelle qui, dans un arrêt rendu le 24.07.1985, opta pour une position qui allait susciter critiques et protestations de la part de certains membres de la doctrine (Dalloz 1986 J. p. 220 note J.-P. Marchi).

Cette décision marque la volonté de la Haute juridiction judiciaire de maintenir l'incrimination pénale du délit de malversation par syndic prévu à l'article 146 de la loi du 13.07.1967, et de ne pas s'aligner sur la décision du Conseil Constitutionnel n° 84-183 DC (Marchi, Dalloz 1986 op. cit. p. 220). On pourrait, néanmoins, soutenir en faveur de cette jurisprudence criminelle que, d'une part, l'abrogation de l'article 146 de la loi de 1967 par l'article 238 al. 2 du nouveau texte n'avait fait l'objet d'aucune sanction de la part du juge constitutionnel. Et que, par conséquent, cet article demeure en application, malgré son caractère inconstitutionnel, jusqu'à l'entrée en vigueur de l'abrogation qui fut fixée, par l'article 199 du décret du 29.12.1985 au 1er janvier 1986.

Nous rejetons en bloc une telle objection tirée d'un argument textuel. Peu importe que cette disposition réglementaire soit vidée de son sens par l'article 146 dans la mesure où la jurisprudence constitutionnelle en matière d'autorité de chose jugée vient en quelque sorte paralyser cette disposition inconstitutionnelle. En effet, le Conseil Constitutionnel a tout récemment précisé, dans une décision 89-258 DC que "si l'autorité attachée à une décision du Conseil Constitutionnel déclarant inconstitutionnelles les dispositions d'une loi ne peut être en principe utilement invoquée à l'encontre d'une autre loi conçue en des termes distincts, il n'en va pas ainsi lorsque les dispositions de cette loi, bien que rédigées sous une forme différente ont en substance, un objet analogue à celui des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution (8.07.1989, JO du 11 juillet 1989 p. 8734). Le juge répressif, en vertu de l'article 62 al. 1 de la Constitution, dispose des éléments nécessaires pour faire échec à l'application de l'article 146 dans une instance en cours. Dans ces conditions, comme le délit de malversation n'étant plus réprimé, les prévenus, contre lesquels des poursuites avaient été engagées, vont être relaxés du fait de l'absence de disposition légale. Une telle approche avait été déjà envisagée à l'époque par un pénaliste "rallié" aux thèses constitutionnalistes. Pour cet auteur, le problème concerne essentiellement les poursuites en cours. On pourrait certes prétendre, que la nouvelle loi du 25.01.1985 n'entrera en vigueur qu'à une date fixée par décret et au plus tard le 1.01.1986. Mais, c'est oublier que la loi nouvelle pénale plus douce rétroagit et qu'il s'agit d'un principe d'ordre constitutionnel. De ce fait, elle a vocation à régir toutes les situations nées avant son entrée en vigueur. Puisque la loi du 25.01.1985 n'incrimine plus le délit de malversation, il s'agit d'une loi pénale plus douce susceptible de jouer immédiatement... c'est-à-dire que les poursuites fondées sur l'article 146, de la

loi de 1967, se trouvent désormais dépourvues de toute base légale du fait de la décision du Conseil Constitutionnel (B. Bouloc, RSCDPC 1985 p.610).

C'est peut-être pour ces raisons que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a choisi de modifier sensiblement sa jurisprudence, en décidant "que la condamnation prononcée sur la base de l'article 146 de la loi de 1967 manquait désormais de base légale" (20.10.1986, BC n° 296 p. 758). Cette décision marque la volonté de la Cour de cassation d'aligner sa jurisprudence sur celle du Conseil Constitutionnel et ceci est assez remarquable car cela aboutit à donner une application concrète à une norme constitutionnelle dégagée par le Conseil, et à conférer une portée très intéressante à une décision d'annulation de celui-ci (L. Favoreu, in *Mélanges Vitu*, op. cit. p.198).

Dès lors, par ce revirement de jurisprudence, les instances en cours verront leur situation modifier d'une manière favorable. D'autant que le législateur est intervenu par la loi n° 85-1407 du 30.12.1985 (JO p. 15505) pour déterminer d'une manière on ne peut plus précise les éléments constitutifs du délit de malversation et ce, pour tenir compte des directives du juge constitutionnel dans sa décision 84-184 DC précitée.

Reste que cette dernière disposition a donné lieu à des difficultés d'application que nous examinerons à travers la jurisprudence déjà amorcée avec l'arrêt du 20.10.1986 (BC n° 296 op. cit.). Ainsi pour combler le vide législatif créé du fait de la décision d'inconstitutionnalité de l'article 207, le gouvernement avait inséré dans la loi du 30.12.1985, portant diverses modifications de procédure pénale et de droit pénal, un article 85 donnant un nouveau contenu à l'article 207 de la loi du 25.01.1985.

Cette loi fut publiée au JO du 31.12.1985 ; elle ne put donc entrer en vigueur, conformément aux dispositions du décret du 5.11.1870 relatif à la promulgation des lois et décrets, à Paris, qu'un jour franc après la publication du JO, en province qu'un jour franc après l'arrivée du JO au chef lieu d'arrondissement. C'est un tel cas de figure que la Cour d'appel de Paris avait à apprécier dans l'affaire ayant fait l'objet d'un renvoi après cassation rendu le 20.10.1986 (BC n° 296 op. cit.).

Dans cet arrêt, le juge d'appel s'est prononcé de la manière suivante : "s'agissant de faits qui s'étaient produits dans l'arrondissement de Rouen, le JO du 31.12 n'avait été réceptionné à la préfecture que le 4.01.1986, dès lors la loi du 30.12.1985 n'y était donc entrée en vigueur que le 6 janvier 1986" (3.02.1988, Dalloz 1988 J p. 402 observations F. Derrida).

Dans ces conditions, la loi du 13.07.1967, sous l'empire de laquelle avaient été commis les faits de malversation imputés du syndic, ayant cessé de s'appliquer (art 238 L 1985), il s'est produit un hiatus dans la répression pénale entre le 1er et le 6 janvier 1986 (Derrida, Dalloz 1988 op. cit. p. 404). Pendant cette période, aucune disposition pénale n'a réprimé les faits qui étaient l'objet des poursuites, du même coup l'action publique s'est trouvée éteinte. Et elle ne pouvait renaître de ses cendres que le 6 janvier 1986 (ibid p. 404, contra CA de Versailles, Dalloz 1987 IRSC p. 4, observations Derrida). En renvoyant l'affaire devant cette juridiction d'appel pour qu'il soit procédé à un nouvel examen des faits de la poursuite au regard des dispositions nouvelles de l'article 85 de la loi du 30.12.1985, la Cour de cassation avait à l'esprit, et la rédaction du dernier attendu le montre, que la Cour de renvoi s'aligne sur sa motivation initiale. En adoptant une autre

solution, il semblerait que la Cour de Paris ait pris ses distances par rapport à la décision de la Cour de cassation qui a expressément déclaré que : "la loi du 30.12.1985 a rétabli, en son article 85, l'article 207 de la loi du 25.01.1985 et réprimé, depuis le 1.01.1986, certains faits autrefois punissables sous la qualification de malversation". Et comme le relève très justement, le professeur Derrida, en prenant le soin de préciser que la loi du 30.12.1985 avait rétabli l'article 207 à compter du 1.01.1986, la Cour de cassation semble manifester son intention d'ignorer l'hiatus résultant de la date en vigueur de la loi du 30.12.1985 (ibid §3).

Le seul argument que l'on puisse invoquer en faveur de la juridiction d'appel est d'avoir fait application du principe de la non rétroactivité des lois pénales plus sévères compte tenu de l'absence de base légale de l'article 146 de la loi de 1967.

Mais une telle motivation s'est opérée de manière critiquable dans la mesure où le juge d'appel a forcé l'application de la notion de la non rétroactivité en limitant son raisonnement à une lecture exégétique du décret du 5.11.1870. La consécration du principe constitutionnel par une juridiction ordinaire ne peut se réaliser, sans susciter des contestations, que lorsque toutes données du problème ont été prises en considération. Bien plus, le juge d'appel en a fait une mauvaise application dans une hypothèse, où comme on le verra, il n'avait aucune raison d'être.

En effet, on reprochera à cette décision d'avoir omis l'existence de deux éléments essentiels contenus dans le texte nouveau, et dont la combinaison, malgré la rédaction, aboutirait à l'application de la rétroactivité "in mitius".

D'une part, il s'agit de l'article 94 qui dispose que "sous réserves des dispositions des articles 85 et 86 qui seront applicables à compter du 1er janvier 1986, la présente loi entrera en vigueur le 1.01.1986. Toutefois, les dispositions des articles 38.51.55.58.60.62.63. et 89 entreront en vigueur le 1.10.1986".

D'autre part, cela concerne la nouvelle définition du délit de malversation visé à l'article 85, rétablissant ainsi l'article 207 de la loi du 25.01.1985. On comprend, dès lors, que la Cour de cassation fut saisie d'un second pourvoi formé par le Procureur général près la Cour d'appel de Paris.

Concernant tout d'abord, la disposition de droit transitoire, celle-ci organise une véritable rétroactivité de son article 85 en prévoyant l'application avant son entrée en vigueur. A cet égard, on pouvait se demander si une telle disposition rétroactive n'est pas rédigée en des termes inconstitutionnels du fait de l'existence d'un décalage d'un mois entre, son application à des situations juridiques en cours de jugement, et son entrée en vigueur dans l'ordonnement juridique.

La loi du 30.12.1985 n'ayant pas fait l'objet d'un examen devant le Conseil constitutionnel, la question reste entièrement posée. D'autant que la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 12.06.1989, a prévenu une telle possibilité, en estimant que : "les juges répressifs sont tenus d'appliquer la loi en toutes ses dispositions sans pouvoir en apprécier la constitutionnalité" (Daloz 1989 J p. 585, conclusions J Souppé, observations Derrida.). A la rédaction de cet attendu, tous les doutes étaient permis quant à la conformité de cette disposition à la Constitution.

Néanmoins, le juge de cassation se donne les moyens d'assurer un contrôle, mais sur le plan de la compatibilité avec le droit international des droits de l'homme. Il n'hésite pas à censurer la Cour d'appel de Paris et à affirmer "qu'elle a méconnu l'article 7.1 de la Convention européenne des droits de l'homme". Cette disposition conventionnelle concerne plus particulièrement le principe de non rétroactivité des lois pénales plus sévères (2ème phrase). Ce qui tend à démontrer que le juge en a fait une mauvaise interprétation en ne permettant pas sa rétroaction dans le temps. Si elle s'est référée à cette disposition, dont la supériorité par rapport à la loi interne aurait pu mettre un obstacle à l'application d'une loi rétroactive, c'est pour manifester que la rétroactivité de la loi du 30.12.1985 ne se heurtait pas cette convention internationale (Derrida, Dalloz 1989 op. cit. p. 587 §2).

Bien plus, le juge de cassation vise expressément le principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines en estimant que : "ce dernier ne met pas obstacle à ce qu'une loi nouvelle, en ses dispositions équivalentes ou favorables, s'applique à des faits déjà incriminés par la loi ancienne sous l'empire de laquelle ils ont été commis". Pour s'en convaincre, il suffit de procéder à une comparaison des dispositions en cause pour s'apercevoir que la loi du 30.12.1985 devait rétroagir pour s'appliquer aux faits commis sous l'empire de la loi ancienne. Celle-ci incriminait la malversation, sans en donner aucun élément constitutif, tandis que la loi nouvelle détermine avec précision ces éléments ; elle définit donc plus restrictivement les éléments d'une infraction déjà punissable, ses dispositions plus favorables doivent rétroagir (ibid p. 587).

Toutefois, on s'interrogera sur la nouvelle formule que la Cour de cassation utilise pour mettre en œuvre le principe de la rétroactivité "in mitius" lorsqu'elle fait référence "aux dispositions équivalentes de la loi nouvelle". Pour M. Derrida, ce chapeau est d'une rédaction bien frappée, il exprime la véritable doctrine de la Chambre criminelle en matière d'application de la loi dans le temps (ibid p. 587 §3). Par là, on assiste à une véritable dénaturation du principe constitutionnel de la rétroactivité "in mitius" dont la Chambre criminelle s'en attribue arbitrairement l'avantage afin d'assurer la répression des faits commis sous la loi ancienne. C'est ce que le conseil Souppé appelle dans son rapport, la passerelle jetée entre les deux textes successifs (Dalloz 1989, op. cit. p. 586).

Reste que pour mieux appréhender l'étendue de cette dénaturation, il faut savoir ce que l'on entend par "équivalence".

Qu'il s'agisse de l'équivalence des pénalités, des éléments constitutifs ou des finalités des deux législations, dans tous les cas, l'équivalence des résultats en matière pénale conduirait nettement à l'incertitude, sinon à l'arbitraire (ibid p. 588 §4). On peut regretter que le juge de cassation ne soit pas plus attaché à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En introduisant des nuances dans sa motivation, il autorise les juridictions ordinaires à interpréter et à appliquer une loi pénale prétendument plus favorable, mais qui va aboutir à réprimer des faits commis dans la législation ancienne et se retournerait en définitive contre leur auteur.

L'intérêt de cette jurisprudence est d'avoir révélé les difficultés lors de la mise en œuvre du principe de la "lex mitior", d'autant qu'il ne s'agit pas d'une décision isolée. En effet, la Chambre criminelle a rendu le même jour, deux autres arrêts dans le même sens, censurant dans l'un la Cour d'appel de

Poitiers (arrêt Cravena et autres, Dalloz 1989 IR p. 245), dans l'autre celle de la Cour d'appel d'Aix en Provence (Arrêt Perez et autres ; JCP IV 1989 p. 333). Reste à envisager dans un ultime point, la rétroactivité "in mitius" dans le cadre de l'ordonnance du 1.12.1986.

SECTION III - LA RÉTROACTIVITÉ "IN MITIUS" À TRAVERS L'ORDONNANCE DU 1.12.1986 RELATIVE À LA LIBERTÉ DES PRIX ET DE LA CONCURRENCE

La mise en place, en 1986, d'un nouveau gouvernement d'inspiration libérale fut l'occasion pour celui-ci d'apporter certaines modifications aux structures du marché en matière de concurrence et de liberté des prix.

Cette réforme reflète la continuité d'une politique économique engagée depuis 1977, année de création de la Commission de la concurrence, et qui visait à libéraliser progressivement les prix et à assurer au libre jeu de la concurrence une place imminente dans le fonctionnement de nos marchés. Par conséquent, avec la succession de textes, les uns modifiant ou abrogeant les autres, le délicat problème du droit transitoire allait tôt ou tard se poser aux différentes autorités juridictionnelles ou non juridictionnelles chargées d'appliquer l'ordonnance de 1986.

Nous ne reviendrons pas sur la question des sanctions administratives à caractère répressif que le Conseil de la concurrence peut infliger dans le cadre des pouvoirs qui lui sont octroyés par cette ordonnance. Par contre, nous nous attacherons plus particulièrement à l'étude de deux points. D'une part, pour mieux appréhender l'ensemble des données de ce nouveau droit de la concurrence, il s'agit, à l'instar de l'analyse auquel nous avons procédé pour la loi de 1985, de rendre compte du contenu matériel de ce texte (I). Cela s'impose d'autant plus que le juge répressif sera à même d'estimer l'étendue du changement et d'en tirer les conséquences sur le plan de la mise en œuvre. D'autre part, c'est la position adoptée par la Haute juridiction répressive qu'il sera nécessaire d'examiner. Dans cette hypothèse, l'application du principe de la "lex mitior" par le juge pénal n'a pas reçu une consécration conforme à la jurisprudence constitutionnelle sur cette question (II).

I - Le contenu matériel du nouveau droit de la concurrence

La modernisation du droit de la concurrence était un aspect central de la politique économique du gouvernement issu des élections du 16.03.1986. Pour cela les pouvoirs publics utilisèrent la procédure des ordonnances prévues à l'article 38 de la Constitution. Ainsi l'article 1 de la loi du 2.07.1986 autorise le gouvernement "pour assurer aux entreprises une plus grande liberté de gestion et définir un nouveau droit de la concurrence ... à modifier ou abroger certaines dispositions de la législation économique relative aux prix et à la concurrence" (JO du 3.07.1986 p. 8240). Une telle habilitation législative permet l'adoption de l'ordonnance n° 86.1234 du 1.12.1986 qui abroge et remplace les ordonnances 45.1483 et 45.1484 du 30.06.1945 relatives respectivement aux prix et à la constatation, la poursuite et à la répression des infractions à la législation économique (JO p. 14774).

Elle a également abrogé et remplacé la loi n° 77.806 du 19.07.1977 relative au contrôle de la concentration et à la répression des ententes illicites

et abus de position dominante. A travers ce texte, les objectifs poursuivis sont multiples : moderniser le cadre législatif anachronique des ordonnances du 30.06.1945 correspondant à une économie d'après guerre, désengager l'État pour rendre aux entreprises leurs libertés économiques, préparer l'économie française au grand marché intérieur européen, programmé pour 1992. A la volonté de préserver le fonctionnement concurrentiel des marchés se mêlent des préoccupations moins pures destinées à maintenir dans l'économie des équilibres entre producteurs et distributeurs (J.-Y. Chérot, "Le droit de la concurrence dans la politique de déréglementation" in "Les déréglementations", Étude comparative, *Économica* 1988, p. 192).

Plus précisément, les nouvelles règles ont été édictées pour répondre à l'évolution récente des circuits de distribution. En effet, de profondes mutations économiques ont affecté ces dernières années, aussi bien la grande distribution de masse que la petite distribution intégrée et spécialisée.

De fait l'élaboration d'un nouveau droit de la concurrence constituait un test de la ferme volonté du gouvernement de faire confiance aux vertus de la concurrence et d'un engagement dans une politique de déréglementation. Il va s'en dire que, sans préjuger de la valeur de ce nouveau libéralisme économique, cette politique de désengagement des pouvoirs publics ne pouvait se faire sans un allègement sur le plan des sanctions applicables. En effet, on peut justifier cela comme étant une des conditions de la crédibilité et l'efficacité de la réforme entreprise. On a du mal à imaginer une nouvelle philosophie libérale en matière économique fondée sur un mécanisme répressif plus rigoureux que celui qu'il tend à remplacer. Bien plus, dans une conception d'économie de marché, même sans réglementation, la concurrence qui joue sur les marchés économiques n'est pas une concurrence sauvage. Elle est fortement régularisée par l'existence des droits de propriété privée et par les règles de la responsabilité civile (concurrence déloyale) (*ibid.* p. 186). Mais comme le remarque le professeur Chérot, tous les pays libéraux contemporains pratiquant une économie de marché, les droits de propriété et le droit des contrats ne constituent pas un droit de la concurrence suffisant pour asseoir un fonctionnement correct des marchés. Aussi à côté de ce droit de la concurrence, au sens large se développe une réglementation d'ordre public qui protège au nom de l'intérêt général le fonctionnement des marchés (*ibid.* p. 187).

S'il est vrai que la réglementation de la concurrence (Titre I ord. 86) est bien un des éléments de la politique de déréglementation. En réalité, le paradoxe n'est qu'apparent (*ibid.* p. 187) si l'on en juge par la position du Conseil constitutionnel, sur cette question, estimant "que la loi peut réglementer l'exercice d'une liberté en vue de la rendre plus effectif" (§ 37 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, "Entreprises de presse" Rec p. 73, GDCC p. 596 n° 38).

Dans ces conditions, on ne voit pas comment on pourrait rendre l'exercice d'une liberté plus effectif en prévoyant un système de responsabilité pénale ou civile plus contraignant pour les différents agents économiques concernés. Une telle perspective irait à l'encontre des ambitions des nouveaux gouvernants de 1986. On comprend dès lors, le mouvement de "dépénalisation" et de "décorrectionnalisation" engagé à la suite du programme économique en faveur de la liberté des prix et de la concurrence.

En effet, sous l'empire des textes antérieurs, l'ensemble des comportements réprimés par la législation économique était constitutif de délits cor-

rectionnels, soumis à la procédure de contrôle de l'ordonnance n° 45.1484 du 30.06.1945 ("Lamy commercial : concurrence, distribution, consommation" sous la direction de G. Cas, 1987 n° 401 et suivants).

L'ordonnance du 1.12.1986 a "dépenalisé" certaines pratiques et "décorrectionnalisées" d'autres, donnant ainsi naissance à une nouvelle classification des comportements économiques illicites.

Il s'agit tout d'abord de l'affirmation du principe de la libre détermination des prix. Même si une possibilité d'intervention par décret est réservée aux pouvoirs publics, il s'agit d'une rupture totale avec le régime antérieur qui reposait sur le fondement inverse : les prix étaient par principe soumis au contrôle de l'Administration, la liberté des prix ne constituant qu'une modalité de ce contrôle.

On notera aussi la volonté des pouvoirs publics de dépenaliser les pratiques discriminatoires, le refus de vente et les ventes subordonnées (art. 36 ord. 86). Elle demeure un des pôles essentiels de la réforme dans la mesure où cette dépenalisation était vivement réclamée par les fournisseurs trop facilement exposés à des poursuites devant un tribunal correctionnel pour des pratiques qui relevaient d'avantage d'un choix de stratégie commerciale que d'une intention frauduleuse (J.-P. Novella et D. Ferrier, "Liberté des prix et nouveau droit de la concurrence", Édition Lamy 1987, p. 91, n° 135).

Ces pratiques ne sont dépenalisées que pour autant certaines d'entre elles ne visent pas des consommateurs ou ne sont pas révélatrices d'un abus de domination. Désormais, c'est la responsabilité civile, fondée sur les articles 1382 et suivants du code civil, qui prendra le relais pour sanctionner les pratiques restrictives de l'article 36.

En ce qui concerne les délits, l'ordonnance du 1.12.1986 maintient certaines infractions de nature délictuelle en reprenant pour l'essentiel le contenu des anciennes incriminations. Elles devraient s'appliquer aux poursuites en cours dans la mesure où elles sont sanctionnées moins sévèrement du fait de la disparition des peines d'emprisonnement. Toutefois, le montant des amendes qui seront infligées ne pourra pas excéder le maximum des amendes antérieurement encourues. Il en est ainsi du non respect des règles relatives à la facturation (art. 31), du délai de paiement des produits alimentaires périssables et boissons alcooliques (art. 35), de la revente à perte (art. 32) et de la pratique des prix imposés (art. 34).

Quant aux contraventions correspondant à des comportements précédemment punis de peines correctionnelles par l'ordonnance n° 45.1484 du 30.06.1945, les poursuites engagées antérieurement ne devraient pas être maintenues du fait de l'abrogation immédiate de ce texte. Il en est ainsi des pratiques des prix illicites dans le secteur restant transitoirement sous réglementation (art. 61 al. 1er), des infractions aux décrets des prix (art. 1er al. 2), du refus de vente et à la subordination de vente à l'égard d'un consommateur (art. 30), des arrêtés d'information du consommateur (art. 28), ventes avec primes (art. 33), des ventes sauvages et du para commercialisme (art. 37):

Globalement, l'ensemble de ces dispositions nouvelles semble donc favorable au prévenu poursuivi et non encore définitivement jugé. Dès lors, la mise en œuvre du principe de la rétroactivité "in mitius" devrait recevoir une application dans une telle hypothèse. Pour être complet sur cette présentation, il faut faire état des conditions de mise en vigueur de l'ordonnance de

1986 pour résoudre la problématique du droit transitoire et des affaires en cours.

II - La position mesurée de la Chambre criminelle

L'importance du sujet a amené la Chambre criminelle de la Cour de cassation à y répondre dans une série de décisions faisant application de l'ordonnance du 1.12.1986 et son décret d'application du 29.12.1986 :

- Cass. crim. 23.02.1987 Aubin, BC n° 88 p. 239
- Cass. crim. 23.02.1987 Le Meneur, BC n° 89 p. 242
- Cass. crim. 2.03.1987 Fouriot, BC n° 103 p. 291
- Cass. crim. 2.03.1987 Laloun, BC n° 104 p. 293
- Cass. crim. 16.03.1987 Billing, BC n° 125 p. 348
- Cass. crim. 16.03.1987 Douaze, BC n° 126 p. 354
- Cass. crim. 11.05.1987, Guerand, BC n° 191 p. 516
- Cass. crim. 11.05.1987, Grélard, BC n° 192 p. 519
- Cass. crim. 1.06.1987 Cheronnac, BC n° 225 p. 615
- Cass. crim. 1.06.1987 Gerfaux, BC n° 226 p. 618.

A la lecture de ces arrêts, il apparaît que l'application de la "lex mitior" suscite un certain nombre de questions.

Premièrement, si on s'en tient à la rédaction des attendus de principes, on remarquera d'une part, qu'il existe plusieurs formules dont le contenu n'est pas exempt de tous commentaires. Il en sera d'autant plus intéressant de les analyser qu'elles rendent compte de la manière dont la juridiction répressive appréhende l'étendue de la problématique. D'autre part, la présence de la formule suivante : "en l'absence de dispositions contraires expresses", nous amène à nous interroger sur la portée que le juge entend donner à ce principe lorsqu'il emploie ce libellé (A). Enfin, un dernier point nous conduira à traiter de la réelle application de la "lex mitior" en matière économique (B).

A - La rétroactivité "in mitius" à travers les formules employées par le juge répressif

Là où règne l'hétérogénéité, fruit de la diversité des problèmes, il y a un domaine où le juge répressif connaît une certaine homogénéité dans ces arrêts, même si a priori les questions semblent tranchées.

Il s'agit en l'occurrence, de la rédaction de ces derniers pour lesquels la jurisprudence pénale utilise d'une part, un éventail de trois formules mettant en avant une volonté mesurée d'appliquer ce principe (1).

D'autre part, on est en présence d'une véritable homogénéité, lorsqu'il est fait référence à l'expression suivante : "en l'absence de dispositions contraires expresses". Celle-ci semble marquer une limite à l'application de la "lex mitior" (2).

1 - Une volonté mesurée

Dans cette hypothèse, la Cour de cassation emploie régulièrement les trois mêmes formules. La différence et la richesse du contenu sont trop importantes pour ne pas être citées.

Voici la première : "en l'absence de dispositions contraires expresses, une loi nouvelle, même de nature économique, qui, pour une ou des incriminations pénales déterminées, prévoit désormais, des peines plus douces, s'applique aux faits commis avant son entrée en vigueur et non définitivement jugés" (Cass. crim. 16-02-1987 Nouvel, BC n° 7 p. 201 ; Cass. crim. 23.02.1987, Le Meneur, BC n° 89 p. 242 ; Cass. crim. 16.03.1987 Douaze, BC n° 192 p. 519).

Voici la seconde : "en l'absence de dispositions contraires expresses, une loi nouvelle, même de nature économique, qui abroge une ou des incriminations pénales, s'applique aux faits commis avant son entrée en vigueur et non définitivement jugés" (Cass. crim. 11.05.1987 Guenand, BC n° 191 p. 516 ; Cass. crim. 2.03.1987 Fouriot, BC n° 103 p. 291 ; Cass. crim. 16.03.1987 Billing, BC n° 125 p. 348).

Enfin, la troisième formule qui ne fait que combiner les deux premières : "en l'absence de dispositions contraires expresses, une loi nouvelle, même de nature économique, lorsqu'elle abroge une ou des incriminations ou lorsqu'elle prévoit des pénalités plus douces, s'applique aux faits commis avant son entrée en vigueur et non définitivement jugés" (Cass. crim. 23.02.1987 Aubin, BC n° 88 p. 239 ; Cass. crim. 16.03.1987 Laloum, BC n° 104 p. 293 ; cass. crim. 1.06.1987 Chenonnac, BC n° 226 p. 618 ; Cass. crim. 10.06.1987 Mazenier, BC n° 240 p. 655).

L'étude est d'autant plus intéressante qu'elle a fait l'objet d'une approche doctrinale par M. De Mello, dans sa contribution au colloque "Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise", auquel nous ferons référence tout au long de ces développements : "Droit pénal et relation de l'entreprise avec la clientèle" (Collection "Le Point Sur" Economica 1989 p. 187). Si on s'en tient à une analyse littérale du texte, on ne manquera pas de relever un certain nombre de contradictions.

Pour ce qui est de la première formule, relative à des peines plus douces, la rédaction de l'attendu semble impliquer le maintien par la loi nouvelle des incriminations pénales antérieures, seules les sanctions étant modifiées. Ceci paraît contradictoire avec l'étendue de l'abrogation voulue par les rédacteurs de l'ordonnance de 1986. On retrouve cela dans la deuxième formule employée par le juge criminel.

Dans cette hypothèse, il n'est tenu compte que de l'abrogation des incriminations pénales prévues à l'ordonnance n° 45-1483 du 30.06.1945. Bien plus, il n'est fait aucune référence aux sanctions pénales qui font l'objet d'un texte séparé, l'ordonnance n° 45-1484 du 30.06.1945, auquel l'article 38 de la première ordonnance se contente de renvoyer pour assurer la constatation, la poursuite, la répression des infractions à la législation économique. C'est une deuxième contradiction par rapport à l'abrogation qu'il était nécessaire de relever.

Conscient peut-être de la critique, le juge pénal semble relever l'opposition dans une troisième formule. Ainsi, les deux premières formules semblent devoir être alternatives comme le confirme la conjonction "ou" employée dans la troisième qui combine les deux premières (ibid. p. 189). En réalité, il n'en est rien si on s'en tient aux conséquences d'une telle formulation : ou l'ordonnance de 1986 maintient les anciens délits en les atténuant, ou bien elle les abroge.

Or, si la Chambre criminelle n'emploie ces formules cumulativement pour une même infraction, il reste qu'elle n'a pas fait de choix, pour l'ordonnance du 1.12.1986, entre les deux termes de l'alternative : elle emploie les formules distributivement, c'est-à-dire, tantôt l'une et tantôt l'autre, selon les infractions (ibid. p. 189).

Une telle construction jurisprudentielle, *contra legem*, ne prend pas en considération tous les effets attachés à l'abrogation des ordonnances de 1945 en matière économique. Le caractère alternatif posé par le juge pénal réduit de moitié les suites à donner à l'abrogation, et lui permet un pouvoir d'interprétation et de choix assez large. Mais comme le relève M. De Mello, la réalité textuelle en est tout autre. Alors que les articles 1 et 57 de l'ordonnance de 1986 abroge les ordonnances de 1945 dans leur ensemble, sans faire aucune distinction entre les différents délits, la Chambre criminelle introduit des distinguos. Ainsi, l'abrogation est respectée littéralement dans certains cas (ibid. p. 189). Il en sera ainsi, lorsqu'on se trouve en présence de la seconde formule où la survie des sanctions pénales est sans effet sur la situation juridique de l'individu, si la définition d'une infraction, qui en est le soutien nécessaire vient d'être abrogée. Même dans cette hypothèse, la Chambre criminelle se livre au préalable à la comparaison. Pour un refus de communication de documents aux agents de contrôle, elle estime que "les limites ne sauraient en l'espèce sans excéder les limites de la prévention, être retenues sous la qualification visée au nouveau texte" (Cass. crim. 2.03.1987 BC n° 103 p. 291).

Par contre, dans d'autres cas, l'abrogation se trouve neutralisée par le résultat de la comparaison entre les définitions des incriminations nouvelles et celles des incriminations anciennes. Ici, on vise le cas où le juge pénal utilise la formule "peines plus douces" (ibid. p. 189).

Un tel raisonnement ne signifie pas pour autant que le juge répressif refuse d'appliquer le principe constitutionnel de la rétroactivité "in mitius". Mais on pourrait interpréter cela autrement, en estimant que la juridiction en fera bénéficier celui dont la situation juridique mérite d'être traitée de la sorte. A une rétroactivité "in mitius" aveugle, on lui préfère une "lex mitior" mesurée dans la mise en œuvre. On comprend, dès lors, les distinctions et les comparaisons établies par le juge, effectuant en quelque sorte, un filtrage dans les affaires à traiter.

Peut-on dire alors que cette règle a été appliquée dans des conditions permettant de lui faire jouer pleinement ces conséquences protectrices. Pour notre part, nous répondons par l'affirmative, car il ne faut pas oublier que le juge pénal met souvent en œuvre des principes qui lui sont propres et dont l'autonomie et l'ancienneté ne sont plus à décrire. Bien au contraire, il faut se féliciter nonobstant l'existence de ces derniers, du fléchissement de la jurisprudence répressive, en matière économique qui admet, désormais, la rétroactivité "in mitius".

S'il est vrai que le principe constitutionnel a joué un rôle déterminant dans la position adoptée par le juge pénal, il n'a été défini que dans un cadre général laissant à ce dernier une marge de manœuvre assez importante, sous réserve évidemment de ne plus enfreindre la règle supérieure sus-énoncée.

Toutefois, le juge pénal va beaucoup plus loin lorsqu'il utilise la formule suivante : "en l'absence de dispositions contraires expresses".

2 - Une application limitée

Ce n'est pas la peine de répertorier les arrêts pour s'apercevoir que cette expression est devenue une véritable formule de principe qui débute la rédaction de chaque attendu ayant un rapport avec la rétroactivité en matière économique. Reste qu'une analyse attentive de ces décisions rend compte de la volonté du juge pénal de limiter l'application du principe de la "lex mitior".

Une telle proposition permettrait au juge, si l'occasion lui en était donnée, de refuser d'appliquer la rétroactivité "in mitius". Car justement, on serait en présence de dispositions auxquelles le législateur aurait expressément écarté le bénéfice de cette règle. C'est une interprétation a contrario qui nous amène à cette affirmation. La justification d'une construction prétorienne de ce type réside dans le fait que le juge judiciaire se refuse à apprécier la constitutionnalité des lois. Il prévient, par conséquent, la critique en posant des limites à son intervention. Elle n'ira pas au-delà de ce que le législateur a prévu en matière de droit transitoire.

Toutefois, une telle formulation est dangereuse pour la protection des droits fondamentaux dans la mesure où les prévenus, poursuivis et non encore définitivement jugés, seraient évincés sur ordre, dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle plus douce. Cette solution n'est pas une hypothèse d'école car le juge pénal a déjà eu l'occasion de se prononcer à ce sujet. Dans un arrêt du 25.05.1977, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé, à propos de la loi du 3.01.1975 sur la prévention et la répression en matière de chèques, que : "viole ce texte l'arrêt de la Cour d'appel qui, pour justifier la relaxe d'un prévenu d'émission de chèques sans provision, déclare faire application des dispositions plus douces de l'article 66 du décret du 30.10.1935, modifié par la loi du 3.01.1975, exigeant du tireur d'un chèque émis sans provision qu'il ait agi avec l'intention de porter atteinte aux droits d'autrui, alors que, s'agissant de l'infraction commise avant le 1.01.1976, demeuraient applicables les dispositions de la loi du 3.01.1972" (Dalloz 1977 J., p. 433, Observations E. Robert).

Avec cette décision, c'est un exemple type de la non application de la rétroactivité de la loi nouvelle plus douce. Toutefois, il faut nuancer cette jurisprudence en précisant d'une part, que le pacte international des droits civils et politiques de 1966 n'était en vigueur pour permettre au juge pénal d'écarter ce texte contraire au droit international. D'autre part, le principe constitutionnel de la "lex mitior" n'avait pas encore été consacré par la Haute Juridiction, pour sanctionner le législateur. Même s'il n'est plus d'actualité, le cas était trop intéressant pour ne pas être signalé. En effet, une telle formule demeure une pétition de principe car le contrôle de constitutionnalité des lois est suffisamment efficace pour éviter la promulgation de textes écartant la rétroactivité "in mitius".

A cela, il faut ajouter que les saisines du Conseil Constitutionnel sont quasiment systématiques de la part des membres de l'opposition à l'Assemblée nationale et au Sénat. Le législateur est, par conséquent, suffisamment encadré de normes constitutionnelles pour s'égarer dans la rédaction d'une disposition de droit transitoire. Cette attitude n'a pas eu, il est vrai, d'incidences pratiques, puisque les lois plus douces sur lesquelles les arrêts récents de la Cour de cassation se sont prononcés, ne contenaient pas de dis-

positions contraires expresses à la Constitution (A. Huet, "Une méconnaissance du Droit International : à propos de la rétroactivité *in mitius*", JCP 1987, chronique n° 3293). Il importe donc, que la Chambre criminelle supprime les mots "en l'absence de dispositions contraires expresses"; même si certains arrêts récents ne les comportent pas (Cass. crim. 22.04.1986, BC n° 138 ; Cass. crim. 12.02.1987, Dalloz 1987, IR p. 63).

Si au début, des doutes étaient permis quant au degré d'application du principe, au fil des développements, ces derniers se dissipent pour laisser place, là aussi, à une mise en œuvre mesurée de la part du juge pénal. La directive est adressée aux pouvoirs publics pour qu'ils prennent leurs responsabilités vis-à-vis de la rédaction des textes de lois. Une loi peut échapper au contrôle de constitutionnalité des lois, et introduire dans l'ordonnement juridique une norme contraire à la Constitution.

Ce n'est que dans cette perspective que l'on comprend la position adoptée par la juridiction répressive. Bien plus, elle entend marquer une certaine indépendance vis-à-vis du droit international, même si celui-ci envisage la rétroactivité "*in mitius*" comme principe fondamental. La violation est flagrante, mais comme on a pu le voir, le juge pénal lui a préféré la protection constitutionnelle dans les limites de son respect par le législateur lorsqu'il est éventuellement français.

Reste à envisager dans un dernier point, l'étendue de l'application de la "*lex mitior*" en matière économique.

B - L'application de la rétroactivité "in mitius" en matière économique

Dans cette perspective, on verra, dans un premier temps, qu'il y a une application traditionnelle de la "*lex mitior*" (1). Mais dans certaines affaires, la Chambre criminelle va au-delà en utilisant des principes directeurs propres au droit pénal. A tel point que certains auteurs ont pu parler du renforcement par la Cour de cassation du principe de l'application des lois nouvelles pénales plus douces (Dekeuwer, Dalloz 1988 op. cit., p. 43) (2). Enfin, le contenu et la rédaction des dispositions transitoires incluses dans l'ordonnance de 1986 ont conduit le juge pénal à une interprétation contestable de la rétroactivité "*in mitius*" (3).

1 - Une application traditionnelle

Celle-ci résulte de plusieurs éléments que le juge pénal avait à apprécier. D'une part, il n'y eut aucune difficulté pour les pratiques dont l'ordonnance avait prévu non seulement la définition des infractions, mais aussi leurs sanctions applicables (a). D'autre part, la jurisprudence criminelle traite certaines affaires de la même manière que précédemment. Mais la différence réside dans le fait qu'il y a un problème majeur relatif aux sanctions applicables et à leur date d'entrée en vigueur. C'est sur ce point que la Cour de cassation a procédé à une interprétation contestable (b).

a - Les questions définitivement tranchées

Dans cette hypothèse précise, on vise les deux comportements économiques pour lesquels l'ordonnance de 1986 avait prévu le mécanisme de sanctions dans le corps même du texte et, sans en renvoyer la mise en œuvre à un autre texte. Il s'agit d'une part, des pratiques dépenalisées, et d'autre part, des délits.

• Les pratiques dépenalisées

La Cour de cassation annule les condamnations pénales fondées sur les ordonnances du 30.06.1945, pour refus de vente, pratiques discriminatoires et ventes subordonnées, commis à l'égard des professionnels. Il en va de même des condamnations des personnes morales au paiement solidaire des amendes prononcées contre leurs dirigeants (Cass. crim. 11.05.1987 Guerrand, BC n° 191, p. 516).

La question s'est posée de savoir si les juridictions répressives saisies pouvaient statuer sur l'action civile de la victime (dommages-intérêts), malgré l'extension de l'action publique due à l'abrogation de la loi pénale. La Cour de cassation s'est prononcée par la négative. Elle estime, d'une part, que la juridiction civile est seule compétente pour statuer sur l'action civile résultant de l'article 36 de l'ordonnance du 1.12.1986 et, d'autre part, que l'abrogation de la loi pénale, survenant avant toute décision au fond, rend la juridiction répressive incompétente pour statuer sur l'action civile exercée sur le fondement du texte abrogé alors applicable, les poursuites n'ayant plus de base légale (Cass. crim. 12.10.1987, BC p. 922).

Cependant, l'extension de l'action publique ne rend pas pour autant la juridiction répressive incompétente pour statuer sur les intérêts civils "lorsqu'elle a été régulièrement saisie avant l'abrogation de la loi" (Cass. crim. 6.02.1989 inédit n° 87-90-218 cité par Lamy Droit Économique 1990).

Si ces décisions mettent le contrevenant à l'abri de toute sanction pénale, elles ne le dispensent pas pour autant de réparer le dommage qu'il a causé, selon les règles du droit civil. Une certaine équité a été respectée, prenant en compte l'équilibre voulu par les rédacteurs de l'ordonnance de 1986, en faisant bénéficier les prévenus de la faveur du texte nouveau, mais de ne pas l'absoudre complètement de son comportement répréhensible.

Pour ce qui est des délits, la Cour de cassation adopte une position différente pour tenir compte de l'évolution du degré de gravité des pénalités entre l'ancien et le nouveau texte.

• Les délits

Comme on a pu le voir, certaines infractions ont été reprises par l'ordonnance de 1986 sous la même qualification délictuelle qu'auparavant. Dans cette hypothèse, la Cour de cassation maintient les condamnations antérieures qui ont prononcé une peine d'amende inférieure au maximum prévu par l'ordonnance de 1986 (Cass crim. 10.06.1987 BC n° 655 : pour le non respect des règles de la facturation ; Cass crim. 1.06.1987 BC n° 615 : pour la revente à perte).

On observera qu'il s'agit de l'application du principe de la non rétroactivité des lois pénales plus sévères ayant valeur constitutionnelle et dont le juge répressif n'hésite pas à mettre en œuvre dans ces arrêts de cassation.

Il en fera tout autant, lorsqu'il s'agit du principe de la "lex mitior". En effet, les décisions des juridictions ayant infligé une peine d'emprisonnement, aujourd'hui disparue, sont cassées et renvoyées devant les juges du fond pour qu'il soit statué dans les limites du texte (Cass. crim. 24.04.1987 BC n° 445, Dalloz 1987, IR p. 132). Globalement, l'infraction demeure un délit, mais les pénalités encourues ont été diminuées.

C'est le cas par exemple, de l'achat et de la vente sans facture, autrefois punis de 15 jours à 3 mois d'emprisonnement et (ou) de 60 à 40.000 Francs d'amende, désormais passible exclusivement d'une amende de 5.000 à 100.000 Francs.

Une telle réduction du taux de pénalité peut a priori sembler favorable aux prévenus dès lors qu'il y a rétroactivité de l'ensemble de ces dispositions. Or, en réalité, il n'en est rien, car comme le remarque M. Dekeuwer, il est peu probable que la peine de prison fut effectivement prononcée, alors que l'augmentation du maximum de l'amende a bien plus de chances de produire des effets concrets (Dalloz 1988, op cit., p. 43). Cela se justifie d'autant plus que sont uniquement en cause des comportements économiques, c'est-à-dire essentiellement financier, et, que la personne humaine sera rarement atteinte dans son intégrité physique.

On peut vérifier cette affirmation sur le plan jurisprudentiel. Pour les délinquants déjà condamnés en dernier ressort, le risque d'aggravation de la peine n'existe cependant pas. La Cour de cassation ne censure pas les décisions rendues en application du droit antérieur qui ne dépassent pas les nouveaux maxima (Cass. crim..2.03.1987 Beal, BC n° 105 p. 300). Quid lorsque les faits incriminés sont encore pendant devant les juges du fond. Sur ce point, on relevera une controverse doctrinale. Pour certains auteurs, rien n'empêche les magistrats d'appliquer la loi nouvelle plus douce dans ses dispositions plus sévères (MM. Novella et Ferrier, "La liberté des prix et de la concurrence" Édition Lamy Commercial, p. 118 A). D'autres estiment, qu'à partir du moment où une loi pénale nouvelle est considérée globalement comme plus douce, elle s'applique dans toutes ses dispositions même répressives (M.-L. Rassat, "Droit pénal général", PUF-Droit fondamental 1987; op. cit., p. 193).

Pour notre part, nous préférons nous rallier à la solution qui procure à la "lex mitior" une mise en œuvre intégrale, car ce principe constitutionnel ne se divise pas. Autrement l'on en viendrait à créer, à partir de deux régimes successifs, une troisième loi qui n'a jamais été voulue par le législateur (ibid. p. 193).

Une position inverse donnerait au juge pénal un pouvoir d'interprétation qui irait au-delà de ce qui est nécessaire pour la protection des libertés fondamentales. A terme, la rétroactivité "in mitius" n'y trouverait pas son compte, car elle se trouverait anéantie. C'est un risque qu'il était bon de relever pour éviter que la jurisprudence criminelle prenne des distances avec la jurisprudence constitutionnelle.

Toutefois, si le principe doit s'imposer aux organes de l'État, il n'en reste pas moins que l'autorité juridictionnelle retrouve une certaine indépen-

dance lorsqu'il s'agit de qualifier un fait au regard des deux textes. Comme le relève les rédacteurs du Lamy Droit économique, encore faut-il que les faits délictuels poursuivis antérieurement sur le fondement des ordonnances de 1945 soient incriminés dans les mêmes termes par l'ordonnance de 1986 (Édition 1990, n° 622 p. 214). Tel n'est pas le cas de l'ancien délit de refus de communication de documents aux agents de contrôle (Cass. crim. 2.03.1987, BC n° 291). Dans cette hypothèse, les conséquences sur la mise en œuvre de la "lex mitior" sont moindres dans la mesure où comme on l'a vu précédemment l'utilisation des pouvoirs du juge pénal vont dans le sens d'une meilleure protection des droits fondamentaux. S'il y a des questions qui sont, d'une certaine manière, tranchées définitivement, d'autres ne le sont que temporairement.

b - Les questions momentanément tranchées

Ici, on vise les comportements économiques qui ont fait l'objet d'une "déclassification" d'un point de vue de taux de pénalités : les anciens délits deviennent des contraventions (tableau de concordance dressé par le Ministre de la Justice : circulaire n° 876 du 6.05.1987, Gazette du Palais des 17 et 18 juin 1987 p. 187).

La Chambre criminelle casse les arrêts appliquant les ordonnances de 1945 et renvoie les juges du fond, afin que soit appliqué le décret du 29.12.1986 (voir les arrêts cités en introduction du § II Section III). Bien plus, le juge pénal a même prononcé la cassation lorsque le montant de l'amende correctionnelle qui avait été infligée, est inférieur au maximum de l'amende contraventionnelle désormais encourue : le déclassement du procès entraîne obligatoirement le réexamen de celui-ci. Ainsi, dans un arrêt Nouvel, une condamnation au paiement d'une amende correctionnelle de 1 500 Francs, bien qu'inférieur au maximum de la nouvelle amende contraventionnelle (art 33 Décret du 29.12.1986 : 3 000 Francs) a été cassé (Cass. crim. 16.02.1987 BC n° 73 p. 201 ; Dalloz 1988 op.cit., p. 39. Observations Dekeuwer). Cette audace de la part du juge pénal, peut être rapidement atténuée par l'application du principe du cumul des peines qui, en matière contraventionnelle, joue de manière exceptionnelle.

Cette solution, qui est couramment admise par la jurisprudence depuis un arrêt des Chambres réunies de la Cour de cassation de 1842, était fondée sur un argument de texte à contrario (Sirey 1842 I p. 496). L'article 5 du Code pénal qui pose la règle du principe du non cumul des peines ne visait pas les contraventions : en cas de concours de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte sera prononcée (sur l'ensemble de la question : Merle et Vitu, "Traité de droit criminel", Tome 1, op. cit., n° 797 p. 971).

Dans ce sens, la Cour de cassation précise que la cour de renvoi pourra prononcer "une ou plusieurs" peines contraventionnelles. A cela, il faut ajouter que le mécanisme du non cumul des peines n'a qu'une valeur législative, auquel il peut y être dérogé par une loi (82-143 DC du 30.07.1982, "Blocage des prix", Rec p. 57 § 13 ; GDCC n° 35 p. 539).

Cette jurisprudence ne donne pas entièrement satisfaction dans le sens d'une application effective de la rétroactivité "in mitius".

Une telle atténuation du principe résulte de la combinaison d'une pratique ancienne en matière criminelle pour laquelle, le juge constitutionnel

a refusé de lui reconnaître dans son ensemble une valeur constitutionnelle, s'imposant à tous les organes de l'État. A terme, cela peut être effectivement considéré comme une perversion de la rétroactivité "in mitius" (Dekeuwer, Dalloz 1988, op cit., p. 43).

En effet, d'un point de vue pécuniaire, la décorrectionnalisation de certaines pratiques ne présente pas que des avantages. Il est fort probable qu'avec le principe du cumul des peines en matière contraventionnelle, la peine d'amende prononcée se multiplie par le nombre d'infractions constatées.

Si la "lex mitior" mettait le contrevenant à l'abri de la rigueur de l'ancien texte, cette protection n'est que momentanée dans la mesure où une exception à un principe bien établi, vient l'en soustraire. Pour qu'une telle situation ne se reproduise, il s'agirait de reconnaître à la règle du non cumul des peines, une valeur juridique s'imposant au législateur. Ainsi, le juge pénal ne devrait plus avoir de "complexe" à appliquer des mécanismes de garanties dont la combinaison ne sera que meilleure pour l'individu.

Si cette application traditionnelle de la "lex mitior" n'est pas exempte de toute critique, on en dira autrement de certaines affaires, où la Chambre criminelle renforce la mise en œuvre du principe de l'application immédiate des lois pénales nouvelles plus douces.

2 - Une application renforcée

C'est à partir d'un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation que l'on a pu relever ce nouveau degré dans l'affirmation et dans l'application de la "lex mitior".

Il s'agit de la décision Billing où il était question d'apprécier les faits suivants (16.03.1987, BC n° 125 p. 348). Un hôtelier avait été poursuivi pour pratique de prix illicite au vu d'un arrêté du 26.06.1985 pris par l'Administration, conformément aux pouvoirs que lui conférait l'article 1er de l'ordonnance n° 451483 du 30.06.1945. Le prévenu avait soulevé l'exception d'illégalité de cet arrêté. La Cour d'appel de Colmar dans un arrêt en date du 25.10.1985 avait rejeté sa demande. Pour sa part, la Chambre criminelle admet, que sur ce point, la juridiction d'appel a fait une exacte application de la loi. Par conséquent, la condamnation civile du sieur Billing a été maintenue, car l'abrogation ultérieure de l'arrêté de taxation n'opère pas rétroactivement sur la responsabilité civile, et les tribunaux répressifs restent compétents. Dès lors qu'un jugement sur le fond a été rendu avant l'abrogation (Cass. crim. 30.10.1946 Dalloz 1947, IR p. 50 ; Cass. crim. 25.06.1982 BC n° 158).

Toutefois, par un moyen relevé d'office, tiré de l'abrogation de l'ordonnance de 1945, elle annule la condamnation du contrevenant. Ce qui est surprenant, c'est que la Cour de cassation exhume d'office la loi du 26.12.1966 et son décret du 13.06.1966, relatifs aux prix dans l'hôtellerie, auxquels personne n'aurait pensé (Dekeuwer, Dalloz 1988, op. cit., p. 44).

Le juge pénal constate que "si l'ordonnance en son article 60 V, sanctionne encore certaines infractions en matière de publicité et de prix des hôtels et restaurants, ce texte nécessite, pour recevoir application, que la prévention ait été initialement fondée sur la violation de la loi du 26.12.1966 et du décret du 13.06.1966, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, la citation

saisissant les juges correctionnels n'ayant pour fondement que les deux ordonnances économiques du 30.06.1945".

La construction jurisprudentielle a permis de donner un effet maximum à la rétroactivité "in mitius", alors que le juge pénal disposait des instruments nécessaires pour la neutraliser et assurer la condamnation du prévenu. En effet, la Chambre criminelle aurait pu requalifier et maintenir la sanction en vertu de la "peine justifiée".

C'est un procédé permettant de rejeter le pourvoi formé contre une décision contenant une erreur de droit, lorsque la peine prononcée est la même que celle qui aurait dû l'être si l'erreur n'avait pas été commise. La Cour de cassation redresse l'erreur commise, mais ne casse pas la décision, puisque la peine se trouve justifiée. En somme, l'erreur est sans conséquence, et la cassation inutile, faute d'intérêt pour le demandeur (J. Pradel, "Procédure pénale", Cujas 1990, p. 602 n° 627).

En l'espèce, le juge de cassation aurait pu se référer à l'erreur dans la qualification de l'infraction au regard du texte pénal (Pradel, "Procédure pénale" op. cit., p. 603). Les sources textuelles ne manquaient pas pour ce type de comportements économiques et, de plus, il y avait en quelque sorte une continuité pénale que l'ordonnance de 1986 avait modifiée dans le sens d'une réduction des amendes pénales applicables. Dans ces conditions, même si le prévenu devait bénéficier de la faveur de la modification, il était, néanmoins, concerné par le mécanisme répressif.

La Chambre criminelle a refusé de le faire, pour conférer à l'abrogation de l'ordonnance de 1945 son plein effet rétroactif. Elle cristallise la qualification choisie dans la citation directe, afin d'empêcher les tribunaux de requalifier pour éluder l'abrogation de la loi pénale (Dekeuwer, Dalloz 1988, op cit., p. 44).

Dans l'affaire Billing, la citation avait été signifiée à une époque où l'ordonnance de 1945 n'avait pas été abrogée. Le juge était donc saisi valablement, et le problème de la possibilité de requalifier pouvait se poser. Contrairement à l'hypothèse précédente, le juge pénal utilise les principes de droit pénal non pas pour en atténuer la mise en œuvre, mais plutôt pour la renforcer.

Cela prouve bien qu'il n'y a pas de constante dans le comportement jurisprudentielle du juge. Il doit faire la difficile conciliation entre des règles supérieures dont il n'est pas l'auteur et des principes qu'il génère depuis des décennies. On peut se féliciter de la portée de l'arrêt Belling, allant dans le sens d'une plus grande protection de l'individu, grâce à la conjugaison heureuse de ces derniers. Il reste que la décision mérite quelques observations supplémentaires pour en tirer les conséquences au regard de la jurisprudence ultérieure. Une première objection nous ferait remarquer que c'est une jurisprudence limitée car si elle sanctionne pour une fois la maladresse des magistrats parisiens, ce sont les juges du fond qui en tireront tous les fruits au niveau des poursuites. Cela incitera les poursuivants à plus de rigueur, et à viser dans leurs actes toutes les qualifications dont un même fait est susceptible (ibid. p. 44). On répondra que le contentieux économique, par nature très technique, ne sera pas un élément favorable à une telle pratique de la part du juge pénal ordinaire. Il est confronté aux mêmes réalités que le juge administratif quand il est amené à connaître de la complexité de certaines affaires pour lesquelles ils ne sont préparés, ni l'un ni l'autre. Ajoutons que la

multiplication des textes répressifs n'est pas là pour arranger les choses. Pour un même fait, le juge va le qualifier au regard du texte qu'il connaît et qu'il utilise le plus souvent dans des affaires où il y a un comportement type qui se dégage. On comprend que cette décision connaîtra une certaine pérennité dans sa mise en œuvre.

Dans cette perspective jurisprudentielle, il s'agit de s'attacher plus aux effets de cristallisation de la qualification de la citation directe sur certains actes composant la procédure judiciaire. Pour mieux en apprécier la portée, on fera un parallèle avec la situation que l'on rencontre en matière de loi portant amnistie en cas de qualifications multiples. Une loi d'amnistie cristallise la qualification choisie dans l'ordonnance ou l'arrêt de renvoi, si bien que la juridiction de jugement ne peut plus en changer pour éviter les effets de l'amnistie (Cass. crim. 31.03.1945, BC n° 171 p. 425). A l'égard du fait amnistié, les poursuites ne peuvent plus être reprises sur une autre qualification. En revanche, la qualification contenue dans une citation n'est pas cristallisée, et la juridiction saisie peut la changer pour retenir celle qui n'est pas abrogée (Cass. crim. 22.06.1970, BC n° 244 p. 580 à propos de l'article 1er L. 30.06.1969 portant amnistie).

Il en résulte des conséquences différentes selon la nature de l'acte en question. Pour ce qui concerne la citation directe, la faveur de la loi sera d'autant plus réduite que le contrevenant ne pourra pas en bénéficier rétroactivement. Visiblement, il s'agit d'une application limitée du principe de la "lex mitior" matérialisé par la loi portant amnistie. On ne retrouve pas cette restriction pour un texte portant abrogation de faits pénalement sanctionnés en matière économique. Mais, le juge ne se prononçant pas sur les ordonnances de renvoi, il s'agissait de savoir si la cristallisation dans la citation directe pouvait la concerner. Pour certains auteurs, cela ne fait aucun doute, et ils s'expriment de la manière suivante. On mesure donc l'innovation de l'arrêt du 16.03.1987, qui décide le contraire en matière d'abrogation : dans cette hypothèse précise, la cristallisation toucherait non seulement la qualification retenue dans une décision juridictionnelle, comme l'ordonnance de renvoi, mais aussi celle contenue dans un acte de procédure comme la citation directe (ibid. p. 44).

Ce faisant, il est vrai que dans les deux cas, il s'agit d'une saisine d'une juridiction de jugement, et qu'opérer une distinction selon le mode de saisine, ordonnance de renvoi ou citation, ne serait pas logique. Par conséquent, si la Cour de cassation lui dénie le droit de requalifier pour éluder l'abrogation de la loi pénale, ce refus doit concerner l'un et l'autre mode de saisine. Pour cet observateur, il ne faut pas aller plus loin en amont et conclure que se trouve également cristallisée la qualification contenue dans le réquisitoire à fin d'informer ou même dans le procès verbal de l'Administration. Car ces actes ne saisissent pas une juridiction de jugement (ibid. p. 44). Il apparaît donc que le régime applicable à certains actes, intervenant en matière processuelle, fait ressortir une protection renforcée des contrevenants en matière de rétroactivité des lois économiques, dès lors que ces derniers se trouvent dans la sphère de jugement.

L'avenir de cette jurisprudence est d'autant plus prometteur pour les prévenus, que l'interdiction de la requalification renforce, le cas échéant, la rétroactivité de toutes lois pénales, quel que soit leur domaine. Car il n'y a

plus lieu, désormais de distinguer les règles d'application dans le temps des lois économiques et des autres.

Une telle construction est la manifestation d'une certaine harmonisation des jurisprudences criminelles sur la jurisprudence constitutionnelle. Il y a des cas, néanmoins, où la mise en œuvre de la "lex mitior" est sujette à des contestations.

3 - Une application contestable

Elle résulte de l'interprétation, faite par la Chambre criminelle, des dispositions de droit transitoire incluses dans l'ordonnance du 1.12.1986. Le juge pénal a décidé que les ordonnances du 30.06.1945 avaient été abrogées en même temps le 1.01.1987. Et cela en méconnaissance du vide répressif matérialisé par la discontinuité entre l'abrogation des anciens textes et l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions (a). Pour combler cette lacune, due à la négligence des pouvoirs publics, la Cour de cassation a dû faire rétroagir le décret du 29.12.1986 dans des conditions anormales, suscitant des contestations (b).

Il reste enfin que la rétroactivité "in mitius" doit être appréciée au regard des notions de modification et d'abrogation. Ce qui, dans ce cas, donnera lieu à une véritable contestation (c).

a - La matérialisation du vide répressif

En vertu de l'article 62 al. 2 de l'ordonnance de 1986, seul le titre I de celle-ci, abrogeant l'ordonnance n° 45-1483 du 30.06.1945 est entré en vigueur le 1.01.1987. L'ordonnance n° 45.1484 du 30.06.1945, qui contenait les sanctions pénales, a été abrogée par l'article 57, contenu dans l'ordonnance de 1986. L'article 61 al. 1er de ce dernier texte décide : "qu'un décret en Conseil d'État détermine les modalités d'application de la présente ordonnance". Sur son fondement, les pouvoirs publics prirent le décret du 29.12.1986 pour fixer le régime des sanctions applicables qui n'avaient pas été prévues dans le corps même de l'ordonnance; C'est l'article 33 de ce texte qui dispose que : "les infractions aux dispositions des articles 29, 30, 33 et 37 de l'ordonnance ainsi qu'aux articles 23 à 25 du présent décret sont punies des peines d'amendes prévues pour les contraventions de cinquième classe.

Il en est de même pour les infractions aux dispositions des textes pris en application de l'article 1er de l'ordonnance et des arrêtés prévus à son article 61 énumérés en annexe du présent décret :

- "les mêmes peines sont applicables en cas d'infractions aux arrêtés prévus par l'article 28 de l'ordonnance ainsi qu'aux arrêtés ayant le même objet pris en application de l'ordonnance n° 45.1483 du 30.06.1945 ;
- en cas de récidive, les peines d'amendes prévues pour la récidive des contraventions de la cinquième classe sont applicables".

Ledit décret est entré en vigueur le 1.01.1987. Dans tous les arrêts où ce texte est directement en cause, la Cour de cassation en tire la conclusion que toute l'ordonnance du 1.12.1986 est entrée en vigueur le 1.01.1987, et que les deux ordonnances de 1945 ont été abrogées ensemble à la même date. Or le décret du 29.12.1986 ne contient aucune disposition organisant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 1.12.1986. Il faut se tourner

vers l'article 38 de la Constitution de 1958 qui précise que les ordonnances entrent en vigueur dès leur publication au journal officiel, soit pour celle-ci, au journal officiel du 9.12.1986, ce qui porte son entrée en vigueur au 11 décembre, pour tenir compte du jour franc. Par conséquent, l'ordonnance n° 45.1484 a été abrogée le 1.12.1986, et l'ordonnance 45.1483, le 1.01.1987. De ce fait, tous les faits incriminés par l'ordonnance n° 45.1483 demeurée en vigueur jusqu'au 1.01.1987, ont été privés de sanctions à partir du 11.12.1986. On peut illustrer cela à travers un exemple tiré de la jurisprudence criminelle. Dans l'affaire Nouvel, le prévenu avait été poursuivi pour infraction à la publicité des prix prévue par les articles 33 et 60 de l'ordonnance de 1986 (16.02.1987, BC n° 73 p. 201). Mais les peines étaient prévues par les articles 1er et 39 de l'ordonnance n° 45.1484 du 30.06.1945, si bien qu'il devenait impossible de le condamner. D'autre part, les règles de publicité des prix ont été reprises dans l'article 28 de l'ordonnance du 1.12.1986. Or cet article est entré en vigueur le 11.12.1986. Mais les sanctions pénales prévues par l'article 33 du décret du 29.12.1986 sont entrées en vigueur le 1.01.1987.

On se trouve dans une situation ubuesque où deux textes d'incriminations (l'ordonnance n° 45.1483 et l'ordonnance du 1.12.1986) ont été applicables en même temps, tout en étant, l'une et l'autre, privées de sanctions pénales pendant trois semaines. (Dekeuwer, Dalloz 1988, op cit., p. 45). En raison de vide juridique, la Chancellerie avait considéré que l'absence de sanction expresse entre le 11.12.1986 (date d'entrée en vigueur de l'ordonnance de 1986) et le 1.01.1987 (date d'entrée en vigueur du décret du 29.12.1986) conduisait à abandonner toute poursuite pour les infractions contraventionnelles commises avant le 1.01.1987. Alors même, que la plupart d'entre elles étaient constitutives de délits sous l'empire des ordonnances du 30.06.1945 (Réponse ministérielle, JO Sénat 7 mai 1987 p. 725).

Une telle position administrative ne pouvait être que critiquable dans la mesure où elle fait la part trop belle aux contrevenants. En effet, les pouvoirs publics n'établissaient aucune distinction dans le degré des pénalités entre l'ancien et le nouveau texte. Cela aboutit à faire bénéficier les prévenus d'une sorte de dépénalisation par un acte administratif dont la nature juridique et la valeur dans la hiérarchie des normes, peut amener à se poser des questions. Admettre la rétroactivité "in mitius" dans cette hypothèse, c'est orienter ce principe vers des objectifs qui ne sont plus les siens. Celui-ci a été consacré pour faire bénéficier le prévenu de la faveur du texte nouveau, mais non pas de l'absoudre de toute sanction, en le plaçant dans une position d'impunité. En l'espèce, ce n'est pas le cas, bien qu'il y ait un mouvement de "déclassification" des infractions, celles-ci étaient toujours présentes et définies, et des sanctions moindres leur étaient applicables. On pourrait, tout au plus, considérer que l'impunité puisse résulter de l'absence totale de sanctions pendant la période considérée. Une telle argumentation pourrait être soulevée devant un prétoire si les faits incriminés et non encore définitivement jugés avaient été commis entre le 11.12.1986 et le 1.01.1987. Mais alors là, on ne se situerait plus dans le cas de la "lex mitior", puisque les faits sont intervenus après l'entrée officielle du texte dans l'ordonnance juridique. Et le contrevenant ne devrait sa relaxe qu'à la maladresse et la négligence du pouvoir exécutif. Reste que c'est aux juridictions répressives qu'il appartient

de connaître ces difficultés. Globalement, on peut considérer que celles-ci ont adopté une position contestable.

b - Une position contestable

La réponse apportée par les juges répressifs doit être appréciée au regard de deux types de situations. D'une part, il s'agit des infractions commises entre le 11.12.1986 et le 1.01.1987 et, d'autre part, les infractions commises avant le 11.12.1986.

S'agissant de la première période, le juge pénal a adopté le raisonnement que nous suggérions dans les développements précédents. La Cour d'appel de Versailles avait à apprécier une espèce relative à un refus de communication de barèmes de prix et de conditions de vente, qu'avait maintenu l'ordonnance de 1986 (art. 33 al. 1er) avec la sanction figurant au décret du 29.12.1986 (art. 33 al. 1er et 3) (Versailles, 9.06.1987 Gazette du Palais 2 partie, p. 617). La juridiction d'appel estime "qu'on ne peut considérer que la répression a été abolie par l'ordonnance du 1.12.1986 alors que son décret d'application porte le titre "décret n° 86.13.09 du 29.12.1986 fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86.1234 du 1.12.1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence", et que ladite ordonnance a prévu, en son article 62, la publication d'un décret déterminant ses modalités d'application".

Tout au plus, précise la Cour de Versailles, "ces textes n'interdisaient le prononcé d'une peine quelconque que pour les infractions commises entre l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 1986 et celle du décret" (dans le même sens, à propos d'un refus de vente à un consommateur : Tribunal correctionnel de Paris 26.06.1987 ; Gazette du Palais 1987.2, p. 568 note J.-P. Marchi).

Par contre s'agissant de la 2ème période, la Cour de cassation, ayant horreur du vide législatif, a ignoré ce vide répressif, comme elle l'a fait en matière de banqueroute, et fait rétroagir le décret du 29.12.1986 en l'appliquant à des faits antérieurs, qui ne pouvaient plus être considérés comme des infractions. Ces décisions furent l'objet de vives critiques de la part de la doctrine qui estimait que selon une jurisprudence ancienne et constante, lorsqu'une loi pénale est abrogée, toutes les infractions commises auparavant échappent définitivement à la répression, même si ces comportements sont réincriminés par la suite (Dekeuwer, Dalloz 1988, op cit., p. 45).

Certes, le décret du 29.12.1986 prévoyait des pénalités plus douces que l'ordonnance n° 45.1484 abrogée. C'est ce qui explique peut-être que le juge de cassation ait admis la rétroactivité de l'ensemble du mécanisme répressif. Mais celle-ci ne s'est pas opérée dans les conditions auxquelles on aurait pu normalement s'attendre. Si le juge avait respecté les principes directeurs en matière d'abrogation, il devenait impossible pour lui de poursuivre non seulement les faits commis entre le 11.12.1986 et le 1.01.1987, période où aucune sanction n'était applicable) mais encore tous les faits commis avant le 11.12.1986. Dans un cas comme dans l'autre, il a résolu la difficulté autrement et l'utilisation de la rétroactivité qu'il a cru bon de mettre en œuvre s'est opérée au détriment du prévenu (ibid. p. 45). Il est difficile dans ce cas de figure de trouver une justification à une telle pratique jurisprudentielle, réduisant la valeur du principe de la "lex mitior".

D'autre part, un tel vide répressif oblige le juge à réaliser des constructions normatives, dont constitutionnellement, il ne devrait pas être l'auteur. Il ramène, à la date du 1.01.1987, l'entrée en vigueur de tous les textes gravitant autour de ce nouveau droit de la concurrence. Mais comme son nom l'indique clairement, le droit transitoire a une durée éphémère. Par conséquent, cette jurisprudence devrait revêtir un caractère circonstancié, compte tenu du laps de temps nécessaire afin que les événements retrouvent une situation normale. Tout au plus, c'est une solution d'opportunité : la Cour de cassation a voulu éviter les conséquences absurdes de ce trou législatif et s'est cru en droit de corriger les erreurs du gouvernement, en interprétant les textes conformément aux intentions véritables de celui-ci, dont l'objectif était de maintenir les incriminations tout en les adoucissant (ibid. p. 145).

CONCLUSION

L'intérêt du sujet nous a aussi permis de relever les difficultés que pouvait rencontrer une juridiction ordinaire lorsqu'elle applique une règle ou principe à valeur constitutionnelle. S'il apparaît incontestable que la "lex mitior" a reçu une consécration suprême, la mise en œuvre par les juridictions répressives ne s'est pas opérée de manière totalement conforme à la jurisprudence constitutionnelle. D'autant que l'existence de cette dernière étant postérieure à l'institution du système juridictionnel français, la Haute autorité constitutionnelle ne pouvait prendre en considération l'intégralité des règles, procédés techniques, que le droit pénal pérennise depuis fort longtemps et ce, à la lumière de sa jurisprudence.

On peut tout au plus rendre compte d'une évolution par rapport à la position antérieure, adoptée par le juge criminel. Désormais, il admet la rétroactivité "in mitius" des lois économiques. Mais une lecture attentive des décisions fait apparaître une certaine réticence de la part du juge à donner à cette règle sa véritable portée. Par moment, il a recours à des techniques propres à la matière pénale, voire à des interprétations qui sont apparues, avec raison, pour certains auteurs, comme contestable. D'autres fois, il limite volontairement son action ou corrige les imperfections rédactionnelles des textes pris par les pouvoirs publics. Au contraire, il peut faire preuve d'une certaine audace, lorsqu'il fait bénéficier la "lex mitior" d'une protection renforcée.

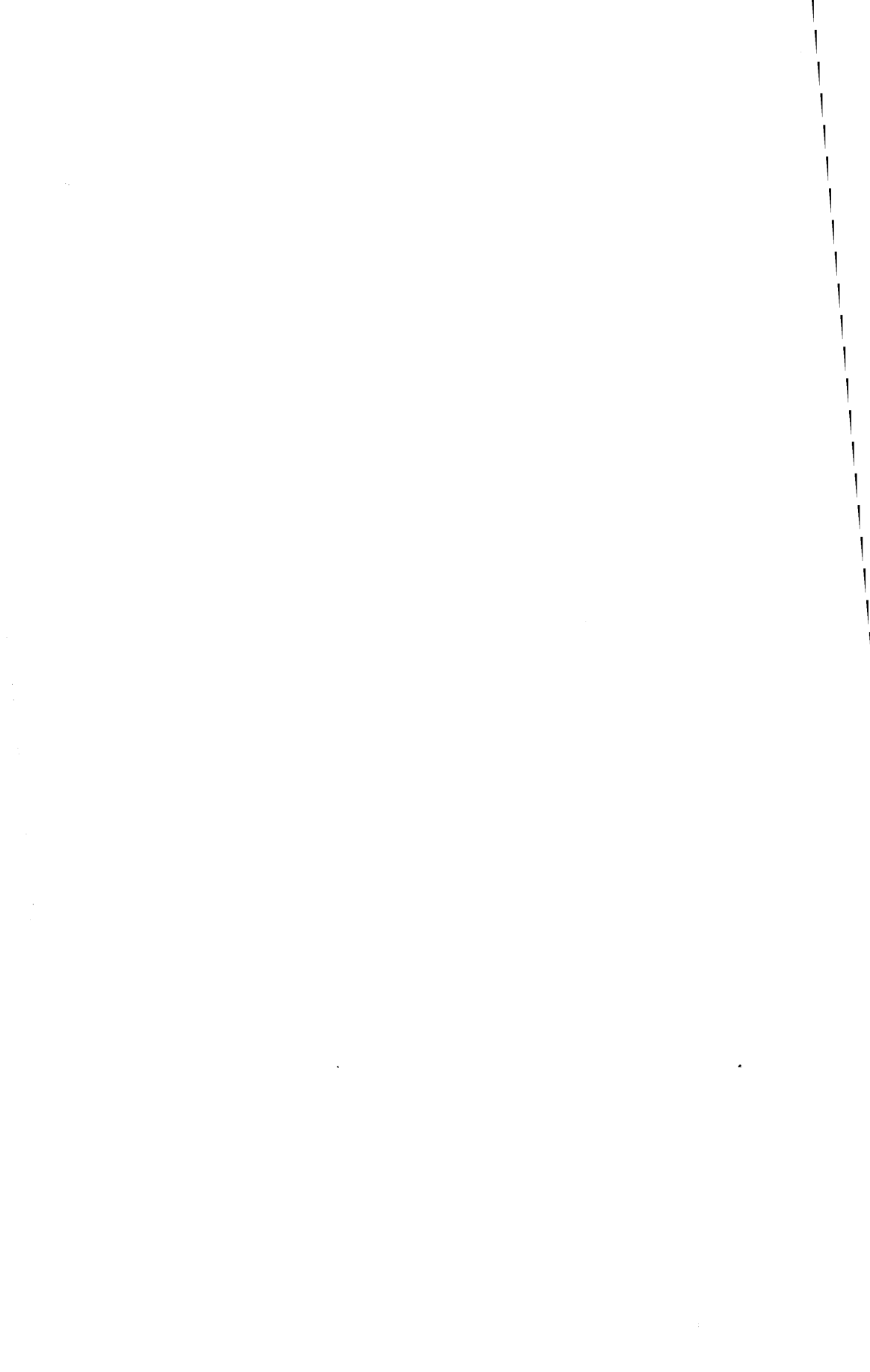
Dès lors, quel constat peut-on dresser aux termes de ces quelques développements. Il y a une constante qui se dessine, dont la ligne conductrice puise sa source dans la jurisprudence constitutionnelle. L'application mesurée devient alors une réalité, qui à terme est globalement favorable au prévenu poursuivi et non encore définitivement jugé. Le mouvement de constitutionnalisation du droit transitoire pénal commence à recevoir une application au niveau des juridictions ordinaires chargées de mettre en œuvre la norme.

Mais il est préférable que cela se fasse de manière encore plus satisfaisante. A cet effet, il serait intéressant de procéder au recensement de l'ensemble des techniques de droit pénal et de procédure pénale utilisées par le juge, et de les rapprocher des décisions du Conseil constitutionnel en cette

matière. A terme, c'est une difficulté qui va ressurgir pour les auteurs qui vont aborder la délicate question de la constitutionnalisation du domaine processuel et du domaine pénal. L'influence de la constitutionnalité de telle ou telle branche de droit ne s'entend que comme un ensemble où le législateur et les deux ordres de juridiction sont parties prenantes pour leur donner une application maximum.

Ce mouvement doctrinal aurait pour vocation à constitutionnaliser certains procédés qui, utilisés par le juge, risquent de réduire, voire obstruer, la mise en œuvre d'une règle à valeur constitutionnelle. Il suffit pour s'en convaincre de faire référence au principe du non cumul des peines dont la jurisprudence criminelle admet une exception en matière contraventionnelle.

Une telle activité constitutionnelle, en faveur de laquelle nous militons doit se réaliser en tenant compte de l'éventuelle critique du gouvernement des juges qui consiste essentiellement à se substituer à la volonté et à l'appréciation du législateur français. Hormis cette réserve, tous les espoirs sont permis et, la part de plus en plus importante du Conseil constitutionnel dans l'élaboration et le développement de l'État de droit en est un exemple éclatant.



R.R.J. 1991-3

Pages 839 à 895

- IV -

**COMMENTAIRES DE
JURISPRUDENCE**

a) Cour de Cassation

LA FILIATION CONTRACTUELLE (1) : ÉPILOGUE OU MORATOIRE ?

(COMMENTAIRE DE L'ARRÊT DU 31 MAI 1991 DE
L'ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE DE LA COUR DE CASSATION)

Par

Tanguy BARTHOUIL

*Moniteur d'Enseignement supérieur à la Faculté de Droit et de Science
Politique d'Aix-Marseille*

1 - Commentant l'arrêt rendu le 13 décembre 1989 par la première Chambre civile de la Cour de cassation, M. Sériaux écrit : "Comme (elle) risque fort d'être pendant longtemps la seule formation de la Cour suprême à connaître de ce type de litiges, sa position devrait servir à l'avenir de "lieu commun" pour toutes les juridictions soucieuses de dire ce qui est juste en la matière" (2).

Force est d'admettre que cette décision "dont la motivation (avait) été longuement mûrie" (3), semblait mettre fin à ce qu'il était, à l'époque, convenu d'appeler l'affaire Alma Mater, dissolvant définitivement l'association marseillaise du même nom, créée le 13 mai 1985 par le docteur Geller (4).

Pourtant, quelques mois plus tard, le 15 juin 1990, la Cour d'appel de Paris prononça deux adoptions plénières d'enfants nés, l'un aux États-Unis d'Amérique, l'autre en France, chacun d'une mère de substitution (5).

(1) L'expression, à notre connaissance, est de M. Varaut, "Le possible et l'interdit", Paris, La Table ronde, 1989, p. 51.

(2) J.C.P. 1990, II, 21526 N° 1 ; adde les conclusions de M. le Conseiller Massip, D. 1990, JPce, p. 273.

(3) A. Sériaux, *ibidem*.

(4) Nous ne reviendrons pas, sauf incidemment pour illustrer nos propos, sur les décisions successives rendues en la matière avant le 13 décembre 1989 ; il faut cependant savoir que les associations de mères porteuses avaient été déclarées illicites tant par les juridictions administratives - TA de Strasbourg 17 juin 1986, J.C.P. 1987, II, 20179 Concl. Kintz ; D.1988, JPce, p. 304, note J.-Y. Plouvin ; Les Petites Affiches N° 145, 4 décembre 1987, p.14 note C.Neirinck ; confirmé par le C. d'E. 22 janvier 1988 Rev. dr. sanit. et soc. 1988, p. 317, note Dubouis - qui avaient refusé leur immatriculation, que par celles judiciaires - TGI Marseille, 16 déc. 1987 Gaz. Pal. 1988,I, JPce, p. 96 confirmé par C.A. Aix-en-Provence 29 avril 1988, J.C.P. 1989, II, 21191, note Ph. Pédrot ; Gaz. Pal. 1989,I, JPce p. 44 note P.Biasca - qui les avaient dissoutes.

(5) Pour ce qui concerne l'enfant né en Amérique, C.A. Paris 15 juin 1990, D. 1990, JPce, p.540, note F. Boulanger plutôt favorable ; pour ce qui concerne celui né en France, grâce aux "bons soins" de l'association Alma Mater, C.A. Paris, 15 juin 1990, J.C.P. 1991,II, 21653 p. 107 note très critique B. Edelmann, C. Labrusse-Riou.

Une telle solution n'était pas nouvelle en elle-même ; les tribunaux avaient déjà, connaissant l'illicéité de la situation, admis de telles adoptions (6), aboutissement du "montage" mis en place par les associations de mères porteuses aujourd'hui connu de tous : l'enfant, né de mère inconnue, reconnu par son père biologique, est enfin adopté par l'épouse de ce dernier de sorte qu'il acquière le statut juridique le plus favorable.

Le 19 février 1991, la Cour d'appel de Pau "adoptant, dans l'intérêt primordial de l'enfant, la politique de l'autruche" a, elle aussi, choisi, tout en affirmant la nullité du procédé, de valider l'adoption qui lui était demandée (7).

Ce n'est donc pas la solution de la Cour parisienne mais sa motivation qui a retenu l'attention dans la mesure où les juges ne se sont pas contentés de régler du mieux possible les intérêts en présence mais en ont profité pour faire un "panégyrique de la maternité de substitution"(8).

2 - Nous sommes dans une société qui voudrait tout maîtriser parce que la "révolution contraceptive" a eu pour effet de faire croire qu'il suffisait de "fermer le robinet contraceptif" pour avoir une descendance (9). Il apparaît en conséquence que le désir d'enfant doit être satisfait d'une manière ou d'une autre si la nature n'y pourvoit pas : c'est ainsi qu'insensiblement nous passons d'une "thérapeutique licite de la stérilité à une volonté de maîtrise par tous les moyens de la procréation" (10).

Si une telle justification *progressiste* ne suffisait pas, les exemples bibliques (11), confortés par la longue "tradition historique" qui nous indique que, des familles romaines jusqu'aux familles bourgeoises fortunées de Paris au XIX^e siècle, les mères porteuses ont toujours existé, sont invoqués (12). Pourtant cet argument n'est pas pertinent car, s'il est vrai que "l'entraide entre femmes s'est manifestée depuis longtemps au sujet de la maternité et de l'enfance" (13), s'il est légitime pour une société et ses médecins de lutter contre la stérilité, il devient dangereux d'imposer, ou même simplement de présenter, la volonté d'engendrer comme un droit (14).

3 - D'ailleurs il faut bien admettre que la filiation contractuelle, comme le rappelle M. Massip (15), rencontre l'hostilité quasi-unanime des autorités

Par ailleurs, l'arrêt commenté prenant en considération les "mères porteuses" qui sont à la fois "génitrices et gestatrices", selon l'expression désormais consacrée du Doyen Cornu, nous utiliserons indifféremment les termes de "maternité de substitution", "mères porteuses", "maternité pour autrui", etc. pour les désigner.

(6) Pour une analyse détaillée, cf. J. Rubellin-Devichi R.T.D Civ. 1990, p. 457, N° 3.

(7) D. 1991, JPce, p.380, note Larribau-Termeyre ; la notion d'"intérêt primordial" mérite d'être nuancée, voir infra N° 17.

(8) J. Rubellin-Devichi, "Procréations assistées et stratégies en matière de filiations", J.C.P. 1991,I, 3505, p. 185.

(9) G. Delaisi de Parseval, "Entendre la stérilité", Rev. Projet, N° spécial, Vers la procréatique, sept.-oct. 1985, p. 23.

(10) G. Mémeteau, "Le comité national consultatif d'éthique et l'enfant conçu", in La vie prénatale. Biologie morale et droit, Actes du VI^e colloque national des juristes catholiques, Paris, 15-17 nov. 1985, Téqui, 1986, p. 97.

(11) Genèse 16, versets 1 et 2.

(12) O.-L. Séguy, "Le contrat de maternité pour autrui : une fiction ?", Les Petites Affiches N° 20 et N° 21, février 1987, p. 15.

(13) F. Terré, "L'enfant de l'esclave", Paris, Flammarion, 1987, p. 180.

(14) Voir infra N° 22.

(15) Conclusions précitées, p. 275.

morales, religieuses et médicales ainsi que celle, très majoritaire, de la doctrine juridique (16) ; les juridictions, quant à elles, semblaient s'accorder pour dénoncer le procédé jusqu'à la double décision du 15 juin 1990 (17). De la même manière, les départements ministériels concernés ont fait connaître leur opposition alors que l'étude, réalisée sous la présidence de M. Braibant, concluait à l'illicéité des conventions de mères porteuses (18), suivie en cela par l'avant-projet sur les sciences de la vie et les droits de l'Homme (19). Au niveau international, s'il n'existe pas de "jurisprudence significative" à ce sujet (20), la prohibition de cette pratique est cependant préconisée tant par le comité d'experts chargé d'élaborer, pour le Conseil de l'Europe, un projet de recommandation (21), que par les différentes commissions instituées dans les pays développés (22).

Enfin, s'agissant d'un "*problème de société*" (pour employer un terme à la mode), il est apparu indispensable de "*sonder l'opinion*" qui, elle aussi, a manifesté son hostilité à l'égard du procédé (23) : argument suprême ? Certainement pas si l'on se souvient que l'opinion publique, cette "*maîtresse d'erreur*" (24) ne "*saurait servir de guide (...)* sa valeur (étant) plus que contestable (...), le manque de pertinence des informations recueillies étant patent" (25).

4 - Malgré ce consensus, sous la pression de couples qui élèvent leur stérilité au rang d'un "*intolérable drame*" (26), la maternité pour le compte d'autrui a conduit les juges du fond à rendre des arrêts contradictoires. L'intervention de

(16) V. à titre d'exemples : C. Philippe, "Volonté, responsabilité et filiation" D. 1991, chron. p. 47 ; V. Larribau-Termeyre note sous C.A. Pau, 19 févr. 1991, précitée ; J. Rubellin-Devichi, R.T.D. Civ.1990, p. 457 ; P. Raynaud, "L'enfant peut-il être objet de droit" D. 1988, chron. p.109 ; P. Kayser, "Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle", D. 1987, chron. p. 189 ; Ch. Atias, "Le contrat de substitution de mère", D. 1986, chron. p. 67 ; A. Sériaux, "Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ?" D. 1985, chron. p. 53.

(17) Cf. supra note 4 à laquelle on peut ajouter : T.G.I. Créteil 23 mars 1988, Gaz. Pal. 1988,2, Somm. 346 ; C.A. Paris 11 oct. 1988, D 1988, LR. 275.

(18) "De l'éthique au droit", étude du Conseil d'État, Paris, La documentation française 1988, p. 65.

(19) Art. 342-12 nouveau du Code civil -si l'avant-projet devient une loi- tandis que l'art. 353-1 du Code pénal s'enrichirait d'un 4° alinéa punissant l'intermédiaire à l'opération ; v. Le Monde 3 mars 1989, p. 12. Enfin, il convient de signaler, qu'actuellement, une mission parlementaire, dirigée par le Docteur Bioulac, s'appête à rendre des conclusions favorables, semble-t-il, à l'élaboration d'un projet de loi sur les questions de bioéthique alors que le rapport Lenoir, remis le 11 juin 1991, au Premier Ministre semble plutôt opter pour l'organisation d'un débat parlementaire : V. à ce propos, Le Monde, 13 juin 1991, p. 10.

(20) L. Favoreu, "Les juges constitutionnels et la vie", Rev. Droits 1991, N° 13, p. 75.

(21) V. le document de travail du Conseil de l'Europe sur la procréation artificielle humaine : principe 15 in "La personne humaine face au développement des sciences biomédicales", Paris, Litec, 1990, p. 88 ; cf. infra N° 24.

(22) Pour un recensement complet : "De l'éthique au droit", étude du C. d'E précitée, Annexe A, p. 131. Il importe néanmoins de souligner que le problème des mères porteuses, du point de vue quantitatif, reste une préoccupation mineure, le premier souci de la majeure partie des pays du monde étant la limitation des naissances.

(23) M.O. Alnot, "Les procréations artificielles, rapport au Premier Ministre", Paris, La doc. française 1986, p.121 et s. ; adde J. Rubellin-Devichi, R.T.D. Civ. 1990, p. 457.

(24) J.-M. Varaut, op. cit., p. 29.

(25) Ch. Atias, D. Linotte, "Le mythe de l'adaptation du droit au fait", D. 1977, chron., p. 254.

(26) A. Sériaux, "La face cachée de la procréation artificielle", R.R.J. 1990, p. 280.

la Cour de cassation dans sa formation habituelle, n'ayant pas suffi à pacifier la jurisprudence, il convenait qu'elle usât de toute son autorité pour dire le droit en sa formation la plus prestigieuse afin que, en conformité avec sa raison d'être *originelle*, elle censurât dans *l'intérêt de la loi*, et non pas du justiciable, "la contravention expresse à la loi" (27).

La Cour suprême, statuant en faveur de la nullité de principe de la *maternité de substitution*, unifie l'interprétation à donner du droit comme il est de son devoir depuis que, placée à la tête du corps judiciaire "comme une sentinelle avancée du pouvoir législatif" (28) par les Révolutionnaires, elle s'est emparée du pouvoir d'interpréter la loi pour devenir gardienne de l'unité de cette interprétation (29).

5 - Avant d'apprécier la solution adoptée il convient de formuler deux remarques préliminaires :

- la *première*, c'est qu'au moment où le pourvoi est formé, la décision des juges du fond est devenue définitive. Il s'agit, par conséquent, d'un *pourvoi dans l'intérêt de la loi*, rare en pratique, prévu par l'art. 17 de la loi du 3 janvier 1967 relative à la Cour de cassation, qui n'aboutit qu'à une "censure platonique" de l'arrêt d'appel sans incidence sur les droits des parties (30) ; voie de recours particulière et idéale en l'occurrence car elle permet de mettre fin à une jurisprudence illégale tout en préservant l'intérêt de l'enfant dans cette affaire précise (31).

Conformément à la procédure, la cassation dans l'intérêt de la loi s'opère sans renvoi ; toutefois l'arrêt de l'Assemblée plénière sera "transcrit sur les registres de la Cour d'appel de Paris, en marge ou à la suite de l'arrêt annulé".

- *La seconde remarque*, c'est que la Cour a non seulement entendu les rapports et les conclusions que comporte la procédure habituelle mais encore, *pour la première fois*, une communication de M. le Professeur Jean Bernard, le Président du Comité National d'Éthique. Une telle innovation mérite de retenir quelques instants l'attention. Lors de sa constitution, par le décret du 23 février 1983, précédée de l'apparition spontanée de comités locaux, ce

(27) L'art. 7 de la loi du 20 avril 1810 disposait en effet : "La justice est rendue souverainement par les Cours d'appel, leurs arrêts, quand ils sont revêtus des formes prescrites à peine de nullité, ne peuvent être cassés que pour une contravention expresse à la loi".

(28) P. Bellet, "Le juge et l'équité", Mélanges Rodière, Dalloz, Paris, 1981, p. 11.

(29) Bouchotte n'avait-il pas affirmé : "on ne saurait trop répéter aux juges qu'ils ne sont que les organes de la loi et qu'ils doivent se taire quand elle a parlé" par M. Verpeaux, "La notion révolutionnaire de juridiction", Rev. Droits N° 9, 1989, p. 41 ; par ailleurs, il faut préciser que l'arrêt du 31 mai 1991 censure une seule des deux décisions de la Cour d'appel de Paris : celle concernant l'enfant né en France ; cf. supra note 5.

(30) J. Boré, "La cassation en matière civile", Paris, Sirey, 1980, p. 1087 ; nous renvoyons aux pages 1088 et s. pour l'exposé détaillé de la procédure et des conditions d'exercice du pourvoi dans l'intérêt de la loi.

(31) Cette affirmation est justifiée infra N° 17. M. Tunc critique au contraire le fait que l'arrêt reste, lors d'un tel pourvoi, sans influence sur le sort des parties au motif "qu'une décision nouvelle qui ne produit pas d'effet entre les parties (les) laisse soumises à une décision postérieurement jugée mal fondée ; in "La Cour suprême idéale", Rev. intern. de dt. comp. 1978, p. 440. L'arrêt commenté permet de considérer qu'il est peut-être souhaitable, dans certains cas *très rares* que la cassation reste sans effet sur l'affaire.

Comité avait suscité des commentaires tantôt ironiques (32), tantôt franchement hostiles qui dénonçaient "le glissement de langage que constituait le passage de la morale à l'éthique" rappelant "que les mutations de société commencent toujours par un changement de vocabulaire" (33). Le Comité d'Éthique a été créé pour répondre à la nécessité de trouver de nouvelles techniques d'élaboration des normes. Ses avis ne lient cependant directement ni le législateur, ni les juges dans la mesure où son rôle est purement consultatif et qu'il n'entend exercer aucun pouvoir, si ce n'est le pouvoir moral que peut lui conférer la qualité éventuelle de ses prises de position (34). Force est néanmoins de constater l'importance qu'on y attache puisqu'elles font l'objet d'une large diffusion et ont reçu, en décembre 1984, "l'onction présidentielle et ministérielle" (35).

Si l'on ajoute que l'avant-projet de 1989 prévoit, en son article L.209-26 de donner le sceau législatif à ce qui n'existait jusqu'à présent qu'en vertu d'un décret (36), que l'on se souvient enfin que les comités locaux, ayant ressenti le caractère inconfortable de leur situation, ont exprimé le vœu de voir leurs avis pris en compte par le *législateur* et par le *juge*, il apparaît que leur fonction normative se renforce à l'occasion de l'affaire soumise à l'Assemblée plénière puisqu'ils pénètrent directement à l'intérieur du prétoire par la voix du Professeur Jean Bernard. Il n'est pas possible pour autant de conférer une valeur juridique directe aux avis du Comité National, encore moins à ceux des comités locaux, mais il n'est pas niable qu'ils ont aujourd'hui "un impact juridique potentiellement considérable", même s'il est fort douteux qu'ils s'élèvent au rang de source de droit (37). Quoi qu'il en soit, "n'attendons pas d'un Comité d'éthique qu'il juge à notre place. En morale, il n'y a pas de jurisprudence" (38).

6 - Lisons maintenant l'arrêt rendu le 31 mai 1991 en soulignant que la formation exceptionnelle qui a statué lui confère une portée particulière tant pour les différentes Chambres de la Cour de cassation que pour l'ensemble des juridictions.

Dans une première partie, nous nous contenterons toutefois *d'une lecture très attentive* dans la mesure où la solution retenue n'est que la confirmation retentissante de celle adoptée le 13 décembre 1989 par la première Chambre civile : ce sera ainsi l'occasion d'opérer la synthèse, tant jurisprudentielle que doctrinale, des arguments qui ont conduit à une décision qui, en droit, ne supporte pas la critique.

Dans une seconde partie, nous nous efforcerons de réfléchir sur l'avenir de la maternité de substitution car si le Droit se dresse à son encontre tel le colosse biblique aux flancs d'airain, force est bien d'admettre que,

(32) V. G. Mémeteau, "Recherches irrévérencieuses sur l'autorité juridique des avis du Comité d'Éthique", R.R.J. 1989,1, p.65, note 16 (où sont repris des propos tenus en 1986).

(33) J.-B. D'Onorio, "Biologie, morale et droit", J.C.P. 1986,I, 3261, N° 4.

(34) G. Mémeteau, *ibidem*, note 30 *supra*, p. 67.

(35) G. Mémeteau, "Le Comité National d'Éthique et l'enfant conçu", *précité*, p.72.

(36) V. G. Braibant, "Pour une grande loi", Rev. Pouvoirs, 1991, N° 56, p. 116.

(37) G. Mémeteau, "Recherches irrévérencieuses sur l'autorité juridique des avis du Comité d'éthique", *précité*, p.87 et s., spécialement p. 96.

(38) A. Comte-Sponville, "A propos de la vie, du droit et de la morale", in *La fabrique du corps humain*, Actes Sud, Inseem 1988, p. 279.

semblable à ce dernier, il pourrait être renversé par la pierre heurtant son pied d'argile (39).

I - JURIDIQUEMENT, UNE SOLUTION D'AIRAIN

7 - Visant les articles 6,1128 et 353 du Code civil, la Cour fait précéder sa solution d'un "chapeau" qui, énonçant la règle de droit en termes abstraits, ne fait pas référence aux données propres du litige. C'est le signe attendu, étant donné la formation qui statue, qu'il s'agit d'un arrêt chargé d'une grande portée (40). Dans une formule volontairement condensée, la Cour *affirme* l'interprétation qu'elle estime devoir donner aux dispositions du Code non seulement pour l'affaire qu'elle juge, mais encore pour tous les litiges de même nature (41). Les termes employés sont "univoques, dénués d'ambiguïté ; (ils tranchent) nettement et solennellement le débat entre deux opinions (soutenues), à valeur générale" (42).

Il s'agit d'un *arrêt de principe* dont la motivation, certes plus abstraite que celle des juridictions de fond, est affirmative, plutôt que justificative, dans la mesure où elle s'adresse aux juges inférieurs, non pas aux justiciables, et ne vise qu'un seul but : l'unité du droit (43). Au demeurant, la position adoptée, et par conséquent la direction à suivre désormais, est parfaitement fondée tant en ce qui concerne les principes d'ordre public (A) que la loi sur la filiation adoptive (B).

A - DU POINT DE VUE DES PRINCIPES D'ORDRE PUBLIC

8 - Le premier attendu affirme "que 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".

Ce sont ces deux principes qu'il convient d'examiner successivement (44).

a) Le principe de l'indisponibilité du corps humain

9 - L'art. 1128 du Code civil dispose "qu'il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions". Le droit civil inscrit par conséquent la question des rapports de l'individu à son corps dans le cadre juridique du contrat : le principe de l'indisponibilité du corps humain signifie

(39) Daniel II, Versets 31 à 35.

(40) A. Perdriau, "La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation", J.C.P. 1990, I, 3468, N° 57.

(41) J. Voulet, "L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation", J.C.P. 1970, I, 2305, N° 26.

(42) Ch. Atias, "L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé", J.C.P. 1984, I, 3145, N° 1 ; se contenter de citer cette phrase de l'auteur serait déformer sa pensée : aussi, v. infra N° 19.

(43) G. Giudicelli-Delage, "La motivation des décisions de justice", Thèse, Poitiers, 1979, dactyl., p. 653 et s.

(44) En nous souvenant que l'arrêt concerne les mères "porteuses-donneuses", comme l'indique la conjonction de coordination "et".

que, dans son entier, ce dernier ne peut être l'objet d'un contrat (45). C'est pour cette raison que la nullité de l'Association Alma Mater (46) a été prononcée, dès la première instance, sur le fondement, notamment, de l'art.1128 (47).

10 - Deux arguments pouvaient être invoqués en défense :

- *D'une part*, tenter de faire admettre qu'il n'y avait pas de convention entre la mère porteuse et le couple demandeur : le raisonnement étant qu'il n'existait aucune relation directe entre eux, que la mère ne souscrivait aucun engagement susceptible d'exécution forcée par lequel elle s'engagerait à abandonner l'enfant de sorte que même l'art.353-1-2° du Code pénal était inapplicable.

Il est intéressant de remarquer qu'une telle argumentation, déjà rejetée par le T.G.I. de Marseille, ne devait jamais être accueillie par *aucune juridiction* ; même la Cour d'appel de Paris ne nie pas, le 15 juin 1990, qu'il s'agit effectivement d'un contrat (48). La même observation peut être faite pour ce qui concerne les auteurs qui se sont prononcés en faveur de l'admission de cette pratique (49). L'Assemblée plénière confirme, s'il en était besoin, à la manière sans équivoque dont elle emploie le terme, qu'il s'agit, à n'en point douter, d'une *convention*. Cela, malgré la tentative insidieuse des associations pour échapper à cette qualification, parce que rien, en droit, ne s'oppose à ce qu'un accord de volontés se réalise par l'intermédiaire d'un tiers et parce qu'"on ne voit pas comment le non-respect d'un contrat pourrait fonder sa licéité" (50). Enfin, c'est un contrat *nul* non seulement parce qu'il soumet l'une des deux parties au bon vouloir de l'autre (51) mais également parce qu'il porte aussi bien sur le corps de la femme qui met contractuellement à disposition ses capacités d'engendrer un enfant puis de le porter, que sur le corps de ce dernier dont on dispose par avance. Un auteur souligne que cette nouvelle forme de maternité repose sur un second contrat nul trop souvent oublié : celui passé entre la mère pour le compte d'autrui et le médecin, faisant un acte ne correspondant à aucune fin curative, qui porte sur l'utilisation de la puissance procréatrice de la femme, par conséquent affecté d'une nullité absolue (52).

- *D'autre part*, l'association disposait d'un second argument, balayé de même dès la première instance, qui consistait à invoquer la "gratuité", toute relative, de l'opération puisque, comme le souligne la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, le 29 avril 1988, une indemnité forfaitaire de 60.000 Fr. en 1987,

(45) V. "De l'éthique au droit : étude du C. d'E." précitée, p. 16.

(46) Dont l'objet statutaire était de prendre en charge la responsabilité de toute l'opération de "prêt" d'utérus dont elle assurait le bon déroulement et la bonne fin.

(47) TGI Marseille, 16 déc. 1987, précité.

(48) CA Paris 15 juin 1990 précité "Considérant en effet que de telles *conventions* portant sur le corps humain sont désormais admises (...) et que la maternité pour autrui (...) doit être admise au nombre des dérogations apportées au principe..."

(49) Le titre donné par M. Séguy à son article "Le contrat de maternité pour autrui : une fiction ?", précité, est significatif à cet égard ; M. Boulanger abonde dans le même sens lorsqu'il explique pourquoi les juges parisiens n'ont pas retenu la conception contractuelle américaine, précité, p. 542.

(50) B. Edelman, C. Labrusse-Riou, note sous CA Paris, 15 juin 1990, précité, p. 114.

(51) Ce qu'interdit l'art.1174 C. Civ. ; adde C. Labrusse-Riou, "Les procréations artificielles : un défi pour le droit" in "La fabrique du corps humain", précité, p. 69.

(52) C. Neirinck, note sous T.A. Strasbourg, 17 juin 1986, précité, p. 19.

versée par le couple demandeur à l'association, était finalement remise à la mère mais en deux fois (53). Certes, il était soutenu que cette contrepartie financière n'était pas une rémunération et n'était destinée qu'à indemniser la mère de ses frais et peine sans qu'aucun bénéficiaire ne soit retiré de ce qui restait un *don*, nullement illicite.

L'Assemblée plénière condamne sans nuance toute forme de maternité pour autrui, *même absolument gratuite*, évitant de tomber dans le "piège de l'intention" dénoncé par M. Mémeteau qui rappelle que "de la même façon que la sincérité n'est pas la vérité, l'intention ne constitue pas à elle seule un fait justificatif. (...) La normalisation par l'intention des parties peut être importante ; elle ne suffit pas, si l'objet sollicité ou les moyens employés sont eux-mêmes illicites. Les juristes parlent alors d'ordre public". De fait, il n'est pas niable que "l'intention prise comme norme d'action puis de jugement revient à l'abandon de la règle du droit" (54).

On ne peut qu'approuver la solution choisie d'autant que l'intention des candidates à la maternité de substitution n'est pas si altruiste qu'il y paraît à première vue : il est significatif de relever à ce propos que les études de motivation révèlent que leur principal intérêt provient des avantages financiers escomptés (55) à tel point qu'il semble que, dans de nombreux cas, ces candidates ont le plus grand mal à choisir au bénéfice de qui elles porteront l'enfant car les demandes paraissent très supérieures à l'offre et que, dans ces conditions, la tentation est grande *de préférer le plus offrant* (56).

11 - Il était enfin nécessaire que la haute juridiction sanctionne l'acte gratuit pour récuser l'affirmation des juges parisiens selon laquelle "il ne (saurait) être déduit (de l'art. 1128) l'illicéité de tout *contrat* ayant pour objet le corps humain, un certain nombre de dérogations étant (...) déjà intervenues -tel le don d'organe- ...".

Cette assimilation, qui se fondait sur la condition que la maternité de substitution s'opère "dans des conditions exclusives de tout mercantilisme", était une "homologie parfaitement *sophistique*" dans la mesure où "donner (...) ses organes n'équivaut pas au fait de donner naissance à un être humain" (57) et méritait d'être censurée.

(53) En effet, une partie était versée lors de la remise de l'enfant au couple, l'autre après l'adoption. Cela relativise l'absence de contrainte, invoquée par l'association, sur la mère porteuse ! Voir supra N° 10.

(54) G. Mémeteau, "Lecture critique de certaines dispositions de l'avant-projet de loi relatif aux sciences de la vie et aux droits de l'Homme", Institut de droit de la paix et du développement, Nice, 1989, p. 6 ; l'avant-projet, quant à lui, tombe dans le piège : v. du même auteur "Recherches irrévérencieuses sur l'autorité juridique des avis des comités d'éthique", précité, p. 83.

(55) F. Isambert, "Nouvelles parentés" in "Génétique, procréation et droit", Actes Sud Éditions, 1985, p. 295. L'auteur indique que parmi les motivations secondaires, les plus nombreuses sont celles de femmes qui lient leur décision à une expérience personnelle : sentiment d'obligation pour avoir été elles-mêmes adoptées ou sentiment de culpabilité pour avoir été avortées. Accepter la licéité du procédé en cas de gratuité absolue reviendrait à admettre ces motivations qui n'ont pas à être encouragées, même si elles peuvent être comprises du point de vue moral individuel.

(56) M.-O. Alnot, précité, p. 92.

(57) B. Edelman, C. Labrusse-Riou, note sous CA Paris 15 juin 1990 précitée, p. III ;

Mme Laborie voit quant à elle la justification du paiement des mères porteuses dans cette différence. Si le don d'organe peut être gratuit, il en va différemment de celui d'un enfant dans la mesure où "laisser son enfant n'est pas une chose simple, qu'il faut donc qu'il y ait un retour

M. Sériaux révèle *la raison d'être* du principe d'indisponibilité du corps humain : "hors de commerce" signifie "hors de toute transaction" ; indisponible étant synonyme d'"*inappropriable*", de "*sacré*". C'est pourquoi, "la volonté humaine ne saurait avoir de prise sur les éléments constitutifs de l'être" (58).

Voyons à présent le second principe d'ordre public invoqué par la Cour suprême à l'appui de sa décision.

b) Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes

12 - L'arrêt d'appel, objet du pourvoi, soutenait "que le caractère artificiel de la filiation consacré par la maternité de substitution ne (distingue) pas ce type de situation d'autres processus prévus par la loi ou permis par elle (...), que, de même, l'engagement de la mère substituée ne (méconnaît) pas les règles légales de la parenté et de la filiation".

D'une manière toujours très catégorique, et sans surprise, l'Assemblée plénière réfute cette argumentation, confirmant la position de la première Chambre civile, sur ce point aussi, qui avait jugé que les conventions de mères porteuses "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 correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation (59) et d'une cession (60), également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère."

13 - La liaison opérée entre la condamnation et le but poursuivi, c'est-à-dire "faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle", a été critiquée parce que la Cour utilise un critère qui ne s'oppose ni au non-établissement volontaire de la filiation naturelle, ni à l'adoption de l'enfant par l'épouse de celui qui l'a reconnu (61).

De plus, un auteur a justement fait remarquer qu'il eût été "plus décisif de quitter le plan de l'objet de la convention pour se placer plus nettement sur celui de la *cause*" car alors l'illicéité apparaîtrait comme véritablement incontestable (62).

Quoiqu'il en soit, l'Assemblée plénière, en censurant la Cour d'appel, refuse :

- *D'une part*, l'analogie entre le procédé mis en place par les associations et les autres modes d'établissement de la filiation légalement admis. Il faut l'approuver en cela car, comme le soulignent M. Edelman et Mme Labrusse-Riou, les juges parisiens *comparaient l'incomparable* en ce sens qu'ils faisaient une analogie avec la reconnaissance paternelle alors que c'est de la détermination maternelle qu'il s'agit (63). Or la validité de la

quelconque car il y a une dette à la charge du couple demandeur, que l'argent étant, dans nos sociétés, le moyen de payer ses dettes, il est parfaitement juste de payer la mère porteuse", in "Génétique, procréation et droit" précité p. 71. Difficile d'adhérer à un tel raisonnement.

(58) Note sous Cass. Civ. 1^o 13 déc. 1989, précitée, N^o 8.

(59) art. 311.9 C. Civ.

(60) art.376 C. Civ.

(61) V. B. Edelman, C. Labrusse-Riou, note sous CA Paris, 15 juin 1990, précitée, p. 113.

(62) J.-L. Aubert, Obs. sur Cass. Civ. 1^o 13 déc.1989, Rep. Not. Défrénois, 1990, art. 34802, N^o 55, p. 744.

(63) Note sous CA Paris 15 juin 1990, précitée, p. 113.

reconnaissance par l'épouse du couple stérile ne peut être admise à moins de commettre le crime de supposition d'enfant prévu par l'art. 345 du Code pénal.

- *D'autre part*, l'argument selon lequel, étant donné qu'en matière de filiation on ne peut que constater le rôle grandissant joué par la volonté des parents, que, de plus, la mère naturelle ne fait qu'user des possibilités légales en s'abstenant de reconnaître l'enfant, qu'enfin il n'y a pas de cession illicite des droits d'autorité parentale au profit du père biologique qui, en application de l'art.374.1 du Code civil, les possède en la circonstance au même titre que la mère, aucune atteinte n'est portée au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes.

Le procédé, utilisé par les juges d'appel, est pernicieux parce qu'il consiste à tenter d'appliquer le principe à *l'état légal* de la personne pour démontrer qu'il n'est pas opposable à la maternité de substitution (64).

Outre le fait qu'une telle interprétation détourne l'esprit de la loi qui n'a jamais entendu légitimer, en droit, l'abandon volontaire d'enfant mais le tolère de façon obligatoirement pragmatique, l'argument ne peut être accueilli par l'Assemblée plénière puisque déjà la première Chambre civile a jugé que l'indisponibilité de l'état des personnes s'applique à *l'état naturel* de l'enfant (65).

14 - L'arrêt du 31 mai 1991 rappelle que la filiation est un rapport *institué* par le droit et que la volonté des parents se heurte encore à un principe, nulle part inscrit dans nos textes, mais qui permet néanmoins de fixer les limites à ne pas dépasser ; en l'occurrence, à imposer aux couples stériles une conduite raisonnable.

Seule l'institution de l'adoption, *constitutive d'état*, semble déroger à ce principe directeur ; en réalité, il n'en est rien ; c'est la raison pour laquelle elle ne permet pas non plus de rattacher, à une femme stérile, l'enfant né d'une mère porteuse. C'est ce qu'il faut vérifier maintenant.

B - DU POINT DE VUE DE LA LOI SUR LA FILIATION ADOPTIVE

15 - La Cour parisienne, mais nous avons vu qu'elle n'était ni la première ni la dernière (66), a estimé qu'il convenait de prononcer l'adoption plénière de l'enfant dans la mesure où elle était conforme à son intérêt.

Cette solution bien accueillie par certains auteurs, seulement pour ce qui est du principe du prononcé de l'adoption plénière -la remarque est importante-, au motif "que l'enfant n'a pas à payer pour ses parents (...) et qu'il (pourrait) être simple de dissocier l'origine -la convention illicite- du produit -un enfant, l'enfant d'un homme dont la femme est prête à assurer la maternité- (67), a été cassée par la Cour suprême qui a considéré qu'une telle adoption "n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble (qui) constituait un détournement de l'institution de l'adoption."

(64) id., p. 112.

(65) A. Sériaux, note sous Cass. Civ.1° 13 déc.1989, précitée, N° 10, dont les développements sont tout-à-fait éclairants sur ce point.

(66) Cf. supra N° 1, ainsi que note 7.

(67) J. Rubellin-Devichi, "Procréations assistées et stratégies en matière de filiations", précité, p. 185.

On sait que l'art.353 du Code civil fait obligation au Tribunal de grande instance de vérifier "si les conditions de la loi sont remplies *et* si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant". Admettre l'adoption plénière de l'enfant né d'une mère substituée viole certainement la légalité de l'institution (a) ; quant à son opportunité, la discussion est possible (b).

a) Quant à la légalité de l'adoption plénière

16 - Nul doute que le procédé mis en place par les associations constitue un détournement de l'institution puisque "l'adoption ne peut être que le résultat de la combinaison fortuite de deux actes de volonté distincts : l'abandon d'un côté, l'accueil de l'autre"(68).

La Cour d'appel consacre effectivement *une fraude à la loi* (69) en statuant comme si le comportement de la mère biologique n'était pas conditionné par le fait qu'il s'agit de l'exécution d'un contrat antérieur, se servant "dans des conditions parfaitement légales d'une institution parfaitement respectable, pour éluder une règle obligatoire" (70).

En effet, les conditions légales sont respectées, l'argument selon lequel l'art. 100-1 du Code de la famille ne l'aurait pas été, non plus que le délai de trois mois (art. 348.3 du Code civil) qu'a la mère pour revenir sur sa décision n'ayant que peu de pertinence, comme le rappelle M. le Conseiller Massip, puisque l'enfant n'est pas "abandonné", étant reconnu par son père (71).

Outre l'argument, exempt de critique de la fraude à la loi, un auteur a soutenu que l'adoption plénière ne peut être prononcée pour la raison très simple qu'il est impossible de la dissocier de la convention initiale et que l'illicéité de cette dernière entraîne inévitablement celle de l'adoption (72) : c'est au demeurant la position adoptée par la Cour de cassation qui se place donc sur le terrain de la légalité pour refuser cette adoption en insistant sur le fait qu'il s'agit de refuser l'admission de l'ensemble du processus.

Il reste à se demander si l'invocation de l'intérêt de l'enfant, cette sorte d'alibi toujours mis en avant, ne pourrait changer la solution.

b) Quant à l'opportunité de l'adoption plénière

17 - L'Assemblée plénière ne s'est pas avancée sur ce terrain. Il est vrai que l'appréciation de l'opportunité relève, en principe, des juges du fond qui ont, en application de ce pouvoir, parfois cédé à la tentation, légitime, de ne pas refuser à l'enfant le statut le plus favorable.

Cependant, comme l'a affirmé le Comité d'Éthique, "personne ne peut donner l'assurance suffisante que l'idée de susciter une naissance avec, dès

(68) A. Sériaux, note sous Cass. Civ.1° 13 déc.1989, précitée, N° 15.

(69) Art. 353.1 C. Civ.

(70) V. à ce propos B. Edelman, C. Labrusse-Riou, note sous CA Paris 15 juin 1990, précitée, p. 113 ; ainsi que V. Larribau-Termeyre, note sous CA Pau 19 févr. 1991, précitée, p. 381.

(71) Concl. sur Cass. Civ. 1° 13 déc. 1989, précitée, p. 274.

(72) V. Larribau-Termeyre, note précitée, p. 382 qui, procédant à une analyse "contractuelle" de l'adoption démontre l'illicéité de l'engagement unilatéral de la mère adoptive résultant de son consentement à l'adoption.

l'origine, l'intention de séparer l'enfant de la mère qui l'aura porté, répond à l'intérêt de (celui-ci)" (73).

Par delà cette incertitude qui concerne plutôt *l'intérêt de naître* de l'enfant, il est possible de considérer que *l'opportunité commande de refuser l'adoption plénière de l'enfant déjà né* dans la mesure où son intérêt est alors bien "d'être reconnu par sa vraie mère" (74) qui pourrait changer d'avis ; ce serait en vain si l'irrévocabilité d'un jugement s'opposait à ce qu'elle rétablisse juridiquement ses liens avec lui. D'où la proposition de substituer l'adoption simple à l'adoption plénière (75).

18 - Bien que parfaitement justifiée, cette solution ne permettrait une entière satisfaction de l'intérêt de l'enfant que dans les cas, *forcément peu fréquents*, où la mère non seulement regretterait mais encore aurait un regret assez durable et assez puissant pour entreprendre de récupérer son enfant. C'est pourquoi il n'est peut-être pas souhaitable de fonder l'inopportunité de l'adoption plénière sur cet argument.

Il semble, en réalité, que l'intérêt de l'enfant ne puisse faire l'objet que d'une appréciation au cas par cas et qu'il faille se garder de toute règle générale fixant la conduite à tenir d'une manière théorique. (76)

Pour autant il n'est nullement dans notre intention de soutenir que la solution adoptée le 31 mai 1991 eût dû être inversée car, du point de vue de la légalité, il est indéniable qu'il faut refuser le prononcé de l'adoption.

Seulement, il importait d'insister sur le fait que l'intérêt de l'enfant, s'il est souvent abusivement invoqué (77), ne peut faire l'objet d'une appréciation abstraite qui serait source d'autres abus. A l'avenir, parce qu'illégales, ces adoptions ne seront plus admises, mais nous ne sommes pas convaincu qu'elles soient inopportunes **une fois l'enfant né**.

C'était d'ailleurs le "pari" des associations que de dénoncer *l'injustice individuelle* qu'il y aurait eu à ne pas entériner une situation, illicite à son origine, mais qui existait de fait, pour tenter de faire valider le procédé qu'elles avaient imaginé. Fort heureusement, les juridictions, dans leur majorité, aujourd'hui confortées dans ce choix par l'Assemblée plénière, ont réussi à se maintenir en dehors du raisonnement qui leur était proposé, pour le condamner, permettant ainsi que ne soient pas franchies "les limites au-delà desquelles *le bien* ne peut se situer" (78).

19 - L'ordre public, constitué notamment par l'intangibilité du corps et de la personne de l'homme, a été préservé. Admettre la "filiation contractuelle" eût été transformer la personne en simple objet de droit.

(73) Avis du 23 oct. 1984 in "Avis de recherches sur l'embryon", Comité National Consultatif d'Éthique, Actes Sud, Inserm, 1987, p. 43.

(74) V. Larribau-Temeyre, note précitée, p. 382 in fine.

(75) *ibidem*.

(76) Nous avons souligné supra N° 5 l'avantage dans l'affaire particulière, qui fait l'objet du pourvoi, qu'il y avait à ce que la décision d'appel fût maintenue. En effet, bien qu'à l'avenir déclarée illégale, cette adoption profite à la petite Marie-Louise Dominique d'autant qu'il n'était nullement allégué que la mère biologique avait la moindre intention de récupérer l'enfant.

(77) Cf. infra N° 23.

(78) Horace, Satires, I, 166.

Dès lors la discussion doit-elle cesser devant un tel constat ? L'approbation de la décision prise interdit-elle de soutenir qu'il pourrait être insuffisant de s'arrêter, pour ainsi dire, "en si bon chemin" ?

M. Atias considère que les arrêts de principe n'interdisent nullement la réflexion critique même si la tendance, dans ce cas précis, est de s'en dispenser ; il distingue ceux dont "la signification est parfaitement claire (et qui) pénètrent directement le droit positif de ceux qui sont ou bien ambigus en eux-mêmes, ou bien utilisés de manière plus ou moins ambiguë" et qui exigent (pour cette raison) une analyse critique (79).

L'arrêt rendu par l'Assemblée plénière fait partie de ceux qui tranchent sans équivoque le problème juridique posé. Malgré cela, le champ d'application pragmatique du droit oblige à se demander si, dans la matérialité des faits, la situation concrète est réglée de la meilleure façon possible ou s'il n'y aurait pas un moyen que le droit (objectif) (80) puisse utiliser pour aider les couples stériles à qui il interdit, pour l'avenir, le recours aux mères porteuses.

II - CONCRÈTEMENT, UN PROBLÈME TOUJOURS POSÉ

20 - La stérilité est une souffrance et une personne qui souffre n'entend pas facilement raison. Le droit, quant à lui, doit réduire toutes les formes de démesure ; mais il doit le faire par la conviction si possible ensuite seulement par la contrainte (81).

M. Rivero écrit : "Si l'on a pris la peine d'expliquer à l'homme le pourquoi et le comment de *ce qui lui est imposé*, sa liberté et sa raison entreront en jeu : elles sont, pour l'action, des auxiliaires plus féconds que la hargne ou la semi-hébétude nées de la contemplation d'un imprimé rédigé dans une langue apparemment étrangère" (82). Ce qui vaut pour un arrêt vaut aussi pour une prohibition de principe : sans la compréhension de ceux à qui il s'adresse, le droit ne dispose pas de plus de solidité que la statue biblique précédemment évoquée. L'acceptation d'une règle naît de ce qu'elle a, d'une part, été bien expliquée, et le recours annoncé auprès de la Cour européenne des droits de l'homme (83) permet d'en douter (A) ; de ce que l'interdiction n'a, d'autre part, été formulée qu'en raison de l'impossibilité objective d'agir différemment et surtout alors que tous les autres moyens admissibles ont été considérés et proposés : il se trouve qu'il en existe peut-être un qui, sans constituer la panacée, pourrait satisfaire le désir d'enfant, non pas remédier à la stérilité, d'un certain nombre de couple (84) (B).

Pour ces deux raisons, le problème reste posé.

(79) Ch. Atias, "L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé", précité, N° 2.

(80) "qui dispose", selon M. Sériaux, "des propositions du droit subjectif", note précitée, N° 20.

(81) C. Labrusse-Riou, "Les implications juridiques de la génétique", Rev. dt. public 1990, p. 1368.

(82) Par J.-Y. Faberon, "La réforme de la motivation des actes administratifs et des actes des organismes d'aide sociale par la loi du 11 juillet 1979" J.C.P. 1980, I, 2980 N° 1.

(83) Le Provençal, Marseille, 26 juin 1991, p. 20, seul journal qui ait, à notre connaissance, rapporté cette information.

(84) M. Séguy fait remarquer, de façon pertinente, qu'il faudrait éviter de dégager des solutions permanentes à un problème que les progrès de la médecine rendent vraisemblablement provisoire, précité, p. 33.

A - DEVANT LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

21 - Le 26 juin 1991, la presse donnait l'information selon laquelle le dossier des mères porteuses allait être présenté au niveau européen. Le docteur Geller, condamnant l'arrêt de la Cour suprême, indiquait son intention de demander à la Cour européenne de statuer sur la question en rappelant "que les idées nouvelles finissent toujours par l'emporter *non parce qu'elles sont meilleures que les autres mais parce que ceux qui les combattent finissent par disparaître*"(sic) ! (85), logiquement soutenu par le sénateur Henri Caillavet pour qui "personne n'entravera jamais la marche de Prométhée" (86).

22 - Les associations de mères porteuses avaient déjà largement invoqué, sans succès, les Conventions internationales devant les juridictions internes. La première Chambre civile avait ainsi eu l'occasion le 13 décembre 1989, de juger que l'art. 24 du Pacte de New York relatif aux droits civils et politiques, qui interdit de faire la moindre discrimination sur la personne de l'enfant, était inapplicable dans la mesure où "la reconnaissance du caractère illicite de la maternité par autrui (...) n'est pas de nature à instaurer une discrimination fondée sur la naissance" (87). Elle avait aussi considéré que ni l'art. 12 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (C.E.S.D.H.), ni l'art. 23 du Pacte de New York de 1966, qui affirment le droit pour tout homme et toute femme en âge nubile, de se marier et de fonder une famille "n'impliquent le droit de conclure avec un tiers des conventions sur le sort de l'enfant à naître." Péremptoire, mais peu explicative, la position de la Cour a été éclaircie par M. Sériaux qui développe :

- *quant à la discrimination*, l'argumentation selon laquelle ce qui est "possible en fait n'est pas nécessairement licite en droit" et qu'il n'y a de "véritable discrimination que dans l'hypothèse où il n'existe pas de raison suffisante pour traiter différemment deux catégories de personnes ; (qu'en l'occurrence) ces raisons existent bien car elles tiennent aux fondements même de notre ordre juridique" (88).

- *quant au prétendu "droit" d'engendrer*, que s'il "est légitime de pouvoir fonder une famille, la réalisation de ce droit ne saurait passer par l'emploi de n'importe quels moyens (...), qu'il existe une régulation, objective et intrinsèque, des droits et libertés reconnus aux membres du corps social" (89).

On pourrait, dès lors, en soutien de cette revendication, invoquer l'art. 2 § 1 de la C.E.S.D.H. qui consacre "le droit à la vie"(90) : en réalité, il peut difficilement être envisagé autrement que comme assurant à la vie

(85) Le Provençal, *ibid.* note 81 *supra*.

(86) V. J.-M. Varaut, *op. cit.*, p. 36 ; nous ne savons pas aujourd'hui si cette intention a effectivement été suivie d'un recours ; quoiqu'il en soit il apparaît inévitable qu'un jour prochain la Cour de Strasbourg devra se prononcer sur ce point.

(87) La discrimination invoquée consiste à considérer qu'interdire l'adoption de l'enfant né d'une mère de substitution revient à "sacrifier" cet innocent qui n'aura jamais un statut égal à celui de l'enfant légitime alors qu'il aurait pu l'avoir si la solution avait été inversée : nous retrouvons ici le procédé dénoncé *supra* N° 18, ainsi que note 76 qui permet de nuancer cette dénonciation.

(88) Note précitée, n° 18.

(89) *Ibid.*, N° 19.

(90) Les guillemets sont employés pour souligner la précaution nécessaire à l'emploi de ce terme ; v. *infra* N° 30.

humaine une protection sans garantir à l'être vivant ainsi protégé le *droit* de procréer, faute de capacité naturelle (91).

Restait l'art. 8 de la même convention, consacrant le respect de la vie privée, à propos duquel la Cour européenne, à l'occasion de l'affaire Paula Marckx, a considéré qu'il mettait à la charge de "l'État des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie familiale", notamment, "afin de rendre possible, dès la naissance, *l'intégration de l'enfant dans sa famille*" (92).

"Pour autant, l'interdiction de l'ingérence d'autrui dans la vie privée de l'homme n'entraîne pas le droit de procréer chez soi ou hors de chez soi, naturellement ou artificiellement", sauf à opérer, selon l'expression de M. Terré, un "pur détournement lexical" (93).

23 - Le recours aux Conventions internationales, l'invocation de l'intérêt de l'enfant à naître (94) ou déjà né, celle de l'intérêt des "parents" n'ont pas permis la reconnaissance par la Cour de cassation de la maternité de substitution. Pourtant la Cour d'appel de Paris s'était laissée convaincre puisqu'elle visait tout à la fois l'art.12 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, l'art. 8 de la C.E.S.D.H. et la récente Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 qui énonce, dans son préambule, le principe selon lequel l'enfant doit grandir dans le milieu familial -ce qui suppose qu'il jouisse, dans ce milieu, et dès son plus jeune âge d'un statut non discriminatoire du fait de sa naissance- et consacre un *droit* pour l'enfant de connaître, dans la mesure du possible, ses parents et d'être élevé par eux (art.7 § 1) (95). C'est essentiellement en se fondant sur *l'intérêt supérieur* de l'enfant déjà né, qui doit être, aux termes de la Convention de 1989, "une considération primordiale dans toutes les décisions concernant les enfants" que les juges du fond parisiens avaient admis l'adoption (96) ; *utilisation abusive* de cette notion, en réalité, car, d'une part, si la Convention proclame effectivement

(91) Cf. P. Franck, "Procréation artificielle humaine et protection internationale des droits de l'homme" in Procréation artificielle ; où en sont l'éthique et le droit ? Éd. Lacassagne-Lyon, diffusion Masson, Paris, 1989, p. 84 ; adde F. Terré, *op. cit.*, p. 126 ; ainsi qu'*infra* N° 30.

(92) G. Cohen-Jonathan, "La Convention Européenne des Droits de l'Homme", Presses Universitaires d'Aix-Marseille, *Économica* 1989, p. 366 ; ainsi que V. Berger, "Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme", Paris, Sirey, 1989, p. 103.

(93) *Op. cit.*, p. 127.

(94) dont on doit tout de même souligner qu'il a avec sa mère qui le porte des relations intrautérines dont les défenseurs de la pratique de la maternité pour autrui font bien peu de cas. V. A. Seriaux, "Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence", précité, p. 59 N° 21. Quid, enfin, du sort de l'enfant anormal dont il est vraisemblable que personne ne voudra ? Cf. J.-M. Varaut, précité, p. 52-53 qui rapporte l'histoire d'un enfant américain microcéphale, né en 1983, dont la "commande" fut refusée et dont la mère ne voulait pas. Peut-on soutenir dans ces conditions que l'invocation de l'intérêt de l'enfant est objective et sincère ? Oui si tout se passe comme prévu. Sinon...

(95) V. les deux arrêts du 15 juin 1990 précités.

(96) La Convention, applicable depuis le 6 septembre 1990, a été publiée à l'A.L.D 1990, p. 424 ; v. aussi G. Raymond, "La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant et le droit français de l'enfance", *J.C.P.* 1990,I,3451 ; F. Moneger, "La Convention des Nations Unies sur le droit de l'enfant", *Rev. dt. sanit. et soc.* 1990, p. 275 ; J.-L. Clergerie, "L'adoption d'une Convention internationale sur les droits de l'enfant", *Rev. dt. pub.* 1990, p. 435.

son droit à une famille, c'est d'abord à la sienne, la famille de substitution n'étant admise que dans la mesure où celle d'origine aura disparu et non parce qu'on aura organisé conventionnellement son transfert ; d'autre part, comme nous l'avons déjà dit à deux reprises, le sort de ce dernier est employé à tenter de faire valider par les tribunaux une pratique illicite à l'origine (97). Il convient de remarquer que l'Assemblée plénière ne s'est pas prononcée sur les arguments tirés des textes internationaux.

24 - Dans la mesure où le recours auprès de la Cour européenne des droits de l'homme est d'actualité, il est permis de se demander ce que pourrait être la position qu'elle adoptera (98).

Depuis la Déclaration de Malte du 30 avril 1987, vingt-trois États ont reconnu sa juridiction obligatoire : c'est dire si la solution qu'elle donnera sera significative.

Bien que l'Europe soit encore divisée sur la question de la procréation artificielle en général et de la maternité pour autrui en particulier (99), la plupart des nations qui la composent sont tout de même en mesure d'avancer des propositions qui peuvent servir de point de départ à la réflexion (100).

De plus, un élément permet d'envisager le possible échec du recours qui tendra, devant les instances européennes, à faire admettre la licéité de la maternité de substitution. En effet, les conclusions auxquelles sont arrivés les experts du Comité "*ad hoc*", réunis pour élaborer un projet de recommandation européenne, sont qu'il faut interdire le procédé sauf dérogations exceptionnelles, *fixées par le droit national*, à la double condition que la mère agisse gratuitement et puisse, à la naissance, garder l'enfant (101).

Certes il ne s'agit que d'une proposition qui, à notre connaissance, n'a pas encore été approuvée par le Comité des Ministres ; néanmoins il est permis de penser que la Cour européenne s'en inspirera au moment de rendre sa sentence de sorte que le docteur Geller n'obtiendrait pas satisfaction. Il importe en tout cas qu'une position européenne commune soit trouvée alors que certains annoncent déjà la création d'associations, au niveau de l'Europe, de mères porteuses (102).

25 - Faut-il enfin envisager un éventuel recours auprès du Comité des droits de l'homme de Genève ? Nous ne le pensons pas. Certes possible, en France, pour un particulier depuis 1984, un tel recours, même s'il aboutissait à une décision favorable -ce qui est peu probable-, n'aurait que bien peu d'effet sur la

(97) V. supra 18, ainsi que notes 76 et 87.

(98) S'agissant d'un recours individuel, c'est la Commission qui sera saisie, non pas directement la Cour ; nous renvoyons pour ces questions de procédure à l'ouvrage de M. Cohen-Jonathan précité, p. 19 et p. 138 et s.

(99) J.-L. Baudouin, C. Labrusse-Riou, "Produire l'homme, de quel droit ?", Les voies du droit, Paris, P.U.F. 1987, p. 123.

(100) "De l'éthique au droit", Étude du C. d'E., précitée, p. 142-143 ; cette étude révèle que les grands pays comme l'Italie, la R.F.A. -il faut attendre de voir cependant ce que l'Allemagne réunifiée adoptera comme position-, le Royaume-Uni, la Suède et, *aujourd'hui*, la France condamnent le procédé.

(101) V. le document de travail du Conseil de l'Europe sur la procréation artificielle humaine in "La personne humaine face au développement des sciences bio-médicales", Litec, Paris, 1990, p. 83 et s., spécialement principe 15 p. 88.

(102) L e Monde, 2-3 juin 1991, p. 14.

solution de droit interne. En effet, comme le rappelle M. Rivero, "le système des Pactes est d'une extrême faiblesse" ; le Comité n'est pas un tribunal, il ne peut prononcer que des recommandations (103).

26 - Quoiqu'il en soit, il faut retenir la menace contenue en germe, selon M. Sériaux, de "l'explosion radicale de (notre) ordre juridique par la proclamation nationale et internationale des droits de l'homme" (104), pour accepter de considérer que l'arrêt, bien que parfaitement fondé, ne constitue peut-être pas l'épilogue de la filiation contractuelle.

Pour éviter que soit mise en cause la solution juridique actuelle, il conviendrait que les couples stériles aient la certitude que tout ce qui est juridiquement admissible a été mis en place. Ce n'est peut-être pas le cas en cela, le problème reste posé.

B - DEVANT LE LÉGISLATEUR ET DEVANT LA COMMUNAUTÉ DES JURISTES (105)

27 - Il apparaît qu'une loi, en France, ne soit pas nécessaire pour condamner la maternité de substitution (a), mais il est possible de considérer que, sans revenir sur l'interdiction prononcée, un aménagement législatif permettrait d'offrir une opportunité supplémentaire aux couples stériles d'élever un enfant (b).

a) L'absence de nécessité d'une loi nouvelle

28 - "La science change la vie de l'homme en société. Et comme la vocation du droit est de gouverner cette vie, aux mouvements de la science répondent, tôt ou tard, les mouvements du droit"(106).

Pour certains, la loi est l'instrument tout désigné, même privilégié (107), qui permettrait de résoudre les questions posées par le développement des sciences de la vie. Nos gouvernants inclinent dans ce sens (108) puisqu'ils préparent une "grande loi".

D'autres, inversement, affirment depuis longtemps déjà (109), concernant le point particulier de la maternité pour autrui, qu'il n'y a pas forcément de vide juridique là où il n'y a pas de loi. Cela parce que *les principes généraux* sont, en France, source de droit (110).

(103) "Les libertés publiques" tome 1 : les Droits de l'Homme, Paris, coll. Thémis, 4^e éd., p. 281 et s.

(104) Obs. sous Cass. Civ. 1^o 13 déc. 1989, précitées N^o 18.

(105) Selon l'expression de M. Jestaz in "La jurisprudence : réflexions sur un malentendu", Dalloz 1987, Chron. p. 15.

(106) F. Terré, op.cit., p. 21.

(107) G. Braibant, "Pour une grande loi" précité, p. 113 ; ainsi que M. Forni in Colloque Génétique, procréation et droit, Actes Sud éditions, 1985, p. 66.

(108) J.-Y. Nau, "Le modèle de l'éthique médicale", Le Monde, 3 mars 1989, p. 12. Il convient de signaler, à ce propos, le Rapport Lenoir, évoqué supra note 19, qui préconise une loi-cadre, V. "Codifier la bioéthique", Le Monde, 12 juin 1991, p. 1 et 15.

(109) A. Sériaux, "Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ?", précité ; Ch. Atias, "Le contrat de substitution de mère", précité, à titre d'exemples non-exhaustifs.

(110) Cf. J. Rubellin-Devichi, "Procréations assistées et stratégies en matière de filiations" précité, p. 183, N^o 12 in fine.

En l'état actuel de la législation, le recours à la pratique des mères porteuses est illicite ; les intermédiaires de l'opération, qu'ils soient ou pas médecins, peuvent être pénalement sanctionnés en application de l'art. 353.1 du Code pénal (111). C'est la loi ; elle permet amplement de régler la situation sans qu'il soit besoin d'un texte nouveau qui, si l'on se réfère à l'avant-projet de 1989, ne ferait que reprendre les solutions aujourd'hui acquises tout en ouvrant une brèche dangereuse par la référence à "la contribution au projet parental d'autrui".

Une loi est enfin inutile dans la mesure où, ainsi que l'écrit M. Terré, la maternité de substitution -comme d'ailleurs la fécondation *in vitro* et l'insémination artificielle- ne tendent pas à créer des liens biologiques nouveaux mais à imiter ceux qui existent et sont, de ce fait, depuis longtemps pris en compte par notre système juridique (112).

Le "mouvement du droit" que l'auteur invoquait précédemment ne signifie donc pas nécessairement qu'il faille adopter une loi nouvelle mais que l'interprétation, par les tribunaux, du droit existant peut suffire.

29 - Toutefois, s'il apparaît qu'une loi est superflue, il faut peut-être se garder d'affirmer qu'elle ne sera jamais votée. Il se pourrait même qu'un jour un texte admette la maternité pour autrui (113) si les "*idées nouvelles* finissent par l'emporter" et parce que, selon les termes de M. D'Onorio "on peut faire voter n'importe quoi à un parlement" (114).

Force est bien d'admettre que si l'avortement a été "dépénalisé" plutôt que "légalisé"(115), il est difficile de voir "pour quelle raison supérieure le contrat de gestation pour autrui (pourrait) paraître plus condamnable, en tant qu'acte de disposition portant sur le corps humain, que l'avortement -dont les frais sont remboursés (116) par la Sécurité sociale- (qui donne la possibilité *juridique* à la femme de disposer non seulement de son corps mais également de celui de son enfant)" (117).

(111) La Cour d'appel de Pau l'a rappelé très récemment ; Cf. C.A. Pau, 19 févr. 1991 précité ; par ailleurs nous ne rentrerons pas dans le débat de la répression des intermédiaires ainsi que celle -ou pas- de la mère porteuse et (ou) du couple demandeur : voir à ce propos les réflexions de C. Neirinck, *Obs. précitées* p. 17, ainsi que J.-L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, "Produire l'homme : de quel droit ?" précité, p.17 (pour un aperçu du droit comparé) ; adde enfin Ch. Atias, "Le contrat de substitution de mère" précité.

(112) F. Terré, *op.cit.*, p. 217 ; seulement 9 % des personnes interrogées souhaitent que ce soit le Parlement qui fixe les règles applicables aux nouvelles méthodes de procréation, les plus nombreuses -35 %- considérant que c'est aux médecins, au cas par cas, de décider : confirmation, s'il en était besoin, que l'opinion publique ne peut pas servir de guide à l'élaboration des normes. V. M.-O. Alnot, précité, p. 133 ; ainsi que p. 161 où l'auteur procède à une classification des arguments invoqués *pro et contra* l'intervention législative.

(113) non pas parce que les circonstances futures le rendrait obligatoire. Espérons qu'il s'agit d'une hypothèse de science fiction.

(114) "Biologie, morale et droit", précité, N° 1.

(115) ce qui n'est qu'une litote. De fait l'avortement en France se fait "à la carte" pendant les dix premières semaines ; Cf. O.-L. Séguy, précité p. 21 qui affirme, à juste titre, que l'avortement de convenance est possible.

(116) Il serait certainement très révélateur, afin de tester la force des convictions de l'opinion publique, de proposer que ceux qui sont opposés à l'avortement ne participent plus, par leur cotisation, au remboursement fait par la Sécurité sociale. Il est fort possible que "spontanément" le nombre des opposants augmenterait !

(117) O.-L. Séguy, *ibid.* Note 113.

C'est ce parallèle avec la législation de 1975 qui pourrait donner aux juristes en général, au législateur en particulier, l'occasion de reconsidérer une proposition de loi oubliée.

b) L'aménagement souhaitable de la loi sur la filiation adoptive

30 - La condamnation de la pratique des mères porteuses s'impose, en réalité, parce qu'il n'existe ni droit à l'enfant, ni droit à la vie.

Pas de droit à l'enfant tout d'abord, même s'il peut indéniablement exister un violent désir d'avoir un enfant ; encore que, sans aller jusqu'à considérer, comme on l'a écrit, qu'avoir "un enfant est devenu un *must* dans le système de représentation de l'individu et de la famille" (118), force est de reconnaître que le désir, lorsqu'il est satisfait contre de l'argent, devient d'un "*certain type d'enfant*" (119).

Quelle que soit la motivation, l'engrenage du désir, même dans un but thérapeutique, ne peut faire naître une obligation juridique (120) : personne contre qui revendiquer le droit à l'enfant, impossibilité d'une qualification (121), sauf en anéantissant l'affirmation initiale de la distinction entre la personne et la chose.

Pas de droit à l'enfant donc, seulement la liberté d'en avoir, si possible (122).

Pas de droit à la vie ensuite (123), parce qu'on n'a droit qu'au possible et que la vie n'est un droit que pour les vivants, tant qu'ils peuvent vivre. Le droit à la vie n'est, en fait, qu'un droit à la sécurité de vivre. La distinction n'est pas que verbale : parler d'un droit à la vie ne veut rien dire dans la mesure où la mort empêche à jamais que la vie soit un droit ; en revanche, parler d'un droit à la sécurité et aux soins signifie que *la société* est tenue de garantir à *chacun* les moyens *égaux* d'être protégé (124).

A chacun, donc aux enfants conçus *aussi* (125).

M. Boulanger considère, pour le critiquer, qu'une condamnation de principe du système des mères porteuses supposerait une égale sévérité à l'encontre des femmes qui avortent, donc une prohibition de l'interruption volontaire de grossesse (126).

Sans aller jusque-là puisqu'il n'est pas "question de rouvrir le dossier en France (127)" et parce que l'embryon, personne humaine *potentielle* selon le Comité d'éthique (128), n'est pas considéré comme un sujet de droit à part

(118) G. Delaisi de Perseval, "L'enfant à tout prix", Éd. du Seuil, 1983.

(119) F. Isambert, précité, p. 296.

(120) J.-L. Baudouin, C. Labrusse-Riou, "Produire l'homme, de quel droit ?" précité p. 150 ; ainsi que C. Labrusse-Riou, "La fabrique du corps humain", précité p. 71.

(121) P. Raynaud, "L'enfant peut-il être objet de droit ?", précité.

(122) V. supra N° 22.

(123) Ibid. note précédente.

(124) Nous avons repris ici la réflexion de M. Comte-Sponville, précité, p. 275 et s.

(125) "Fetus is life enough not to be dead, not yet mature enough to be an infant, yet a human being enough to deserve protection", Paul Ramsay.

(126) note précitée, p. 543.

(127) Mme Dorlhac, Le Monde, 22 nov. 1986, p. 16.

(128) Avis du 22 mai 1984, v. Rapport 1989, Paris, La doc. française, 1990, p. 22. Le seul problème, de taille, est que notre droit ne fait aucune place à la potentialité, terme que le Littré définit comme "en puissance, virtuel, par opposition à effectif".

entière -ce qui "heurte le bon sens" (129) dans la mesure où l'idée qu'un être humain puisse accoucher d'un être non humain est contredite par l'expérience continue-, il serait profitable d'exploiter le parallèle opéré entre l'avortement et la maternité de substitution, mais en inversant l'approche qui en est faite.

En effet, les auteurs partent du principe que l'avortement, bien plus contraire aux principes de notre droit que la maternité de substitution, est admis (130) ; que, dans ces conditions, on ne voit pas pourquoi la femme n'aurait pas "la liberté (inverse) d'enfanter pour une autre femme qui ne peut y parvenir du moment que les parties *au contrat* (sic) sont majeures et consentantes" (131).

Dès lors, à l'inverse, si l'on considère d'une part que l'enfant conçu mérite le plus grand respect, qu'il existe, d'autre part, des femmes, *véritablement en détresse*, que l'avortement laisse repartir "seules (mais) avec le regret d'avoir, trompées par la loi, perdu volontairement leur enfant" (132) et qu'enfin la maternité de substitution est illicite, il est permis d'espérer que l'admission par le droit de l'adoption *in utero*, autrefois proposée sans résultat (133), permettrait de satisfaire les divers intérêts en présence sans léser personne.

Une telle modification législative réduirait le paradoxe d'une société qui "dépense autant d'argent pour fabriquer des enfants que pour en faire disparaître" (134) ; elle ne serait pas contraire à la conception actuelle de l'adoption qui sert à donner une famille à un enfant "déjà fait" (135), ce qui est le cas même s'il n'est pas encore né.

Il faut ajouter que la "liberté" octroyée par la loi de 1975 ne serait nullement atteinte puisque les femmes n'auraient aucune obligation de recourir à cette forme d'adoption.

L'objection selon laquelle l'adoption anté-natale doit être rejetée pourrait être invoquée à la lecture de l'avant-projet de la loi qui consacre, dans son titre V, le don d'embryon, par leurs auteurs, pour la réalisation du projet parental d'autrui.

De fait, cette adoption avant la naissance est critiquable dans la mesure où elle n'est rendue possible qu'au prix d'une réification certaine de l'être humain : en réalité, ce qu'il faut condamner c'est l'ensemble du processus dont l'adoption n'est que l'aboutissement (136).

(129) J. Lejeune, "Biologie et personne humaine", R.R.J. 1985, extrait, p. 13.

(130) On pourrait objecter que cela est juridiquement faux au regard du contenu de l'art. 1 de la loi Veill : l'argument serait de bien peu de poids si l'on tient compte de la réalité quotidienne.

(131) O.-L.Séguy, précité, p.21. M. Varaut, *op. cit.*, p. 52 présente les clauses contractuelles des conventions américaines qui obligent les mères porteuses à se soumettre à des tests et à solliciter l'avortement thérapeutique en cas de malformations du foetus et, si elles refusent, le droit pour les futurs "parents" -on ose à peine employer le terme- de refuser l'enfant. Est-il besoin d'insister davantage pour se demander si réellement il s'agit de personnes *majeures* ?

(132) J. Lejeune, "Biologie et droit à la vie" précité, p. 15.

(133) Proposition N° 501 de M. le Sénateur André Fosset du 9 août 1975 rattachée au procès verbal de la séance du 30 juin 1975.

(134) J.-B D'Onorio, précité, N° 6.

(135) *Ibid.* note précédente N° 9 ; ainsi que F. Terré, *op.cit.*, p. 219.

(136) Ce qu'il faudrait empêcher c'est la création de ces embryons surnuméraires. V. J. Terquem, "Procréation médicalement assistée, problèmes éthiques" in *La personne humaine*

Cependant l'argument ne peut être retenu dans la mesure où, lorsqu'il s'agit d'assurer la survie d'un enfant, *déjà* dans le ventre de sa mère, le contexte est très différent : l'adoption anté-natale apparaît dans ce cas souhaitable car elle offre à la femme, *en réelle détresse*, la solution immédiate dont elle a besoin. Certes l'art.162.3 du Code de la santé publique, fait obligation au médecin d'informer la femme qui veut avorter sur les possibilités offertes par l'adoption de l'enfant à naître mais celle-ci ne constitue pas pour elle *une alternative à l'avortement* en raison de son décalage dans le temps (137).

31 - Les auteurs, à notre connaissance peu nombreux, qui ont réfléchi sur la proposition de loi sénatoriale, sont unanimes pour dire qu'elle ne heurte pas les principes fondamentaux de notre droit (138).

L'adoption ainsi libéralisée repose sur le principe de deux offres confidentielles, l'une émanant de la femme se déclarant enceinte, l'autre d'un couple désireux d'adopter un enfant (art. 3 du projet), cela par l'intermédiaire d'une autorité qualifiée tenue au secret absolu tant à l'égard de l'identité de la mère, des futurs parents adoptants, que de l'enfant à naître (139).

L'offre demeure *rétractable* jusqu'à l'expiration du délai de la déclaration à l'état civil de la naissance de l'enfant.

32 - Quelles objections pourrait-on soulever ?

- *Tout d'abord*, que le délai de rétraction de la mère est bien court mais rien n'empêche de le porter à trois mois en application de l'art. 348.3 § 2 et 3 du Code civil. Il est permis d'envisager que cette possibilité serait souvent utilisée au détriment, bien sûr, du couple adoptif mais l'intérêt de l'enfant, qui est d'être dans sa famille d'origine, doit l'emporter (140).

- *Ensuite*, que le rôle du père est inexistant ; une fois encore rien n'empêche de souhaiter que ce dernier puisse consentir à l'adoption, comme il devrait avoir son mot à dire lorsque la femme qui porte son enfant décide d'avorter, dans la mesure évidemment où il s'en intéresse.

- *Encore*, qu'il est peu raisonnable d'envisager une adoption anté-natale en raison du risque de malformation, physique ou mentale, de l'enfant : la valeur de l'argument est certaine. On pourrait envisager, selon un auteur (141), la possibilité ou l'obligation, pour le tribunal, de ne pas homologuer l'adoption. Il reste aussi la loi de 1975 qui permet l'avortement "thérapeutique"...

- *Enfin*, et c'est l'objection principale, que les principes d'indisponibilité de l'état des personnes et du corps humain s'opposent à ce procédé. Il est, en réalité, peu probable qu'ils puissent servir à préférer un avortement à une naissance. Comme l'écrit M. le Professeur Lejeune : "la

face au développement des sciences biomédicales, précité, p. 28 ; il convient de remarquer qu'il ne s'agit, dans cette hypothèse, pas à proprement parler, d'une "adoption *in utero*".

(137) V. à ce propos A.T., "Avortement et adoption", Gaz. Pal. 1980, II, doct., p. 480.

(138) A.T. précité ; ainsi que E. Gaudin de Lagrange, "Les droits de l'enfant", Mélanges P. Raynaud, Paris, Dalloz, 1985, p. 175 ; enfin, C. Neirinck, note précitée, p. 23 ; cf. infra N° 32.

(139) A.T. considère à l'inverse que l'anonymat ne devrait pas être la règle, précité, p. 480.

(140) Ibid.

(141) Ibid.

solution à l'extrême détresse, c'est les femmes *et* les enfants d'abord" (142). La proposition de loi vise simplement à informer la mère que, si elle accepte de porter son enfant, elle n'aura pas à l'élever et à lui assurer que l'avenir de ce dernier sera protégé. Rien de plus.

Aucune des objections envisagées ne suffit pour considérer que cette solution est contraire au droit d'une part, est mauvaise d'autre part. En revanche l'admettre serait une façon :

- d'aider des mères en détresse en leur offrant la possibilité de respecter la vie de leur enfant
- d'aider les couples stériles, en restant dans les limites de ce qui est admissible
- de préserver l'enfant en assurant le secret absolu de sa naissance, de lui permettre, en naissant pratiquement chez le couple adoptif, de parfaitement s'adapter au foyer d'accueil (143).

33 - Si, comme on l'a écrit, il n'est "pas possible d'exposer correctement la façon dont les règles de droit saisissent les situations, nées de la procréation artificielle sans faire abstraction de ses propres sentiments"(144) s'il ne faut pas chercher, par conséquent, à "utiliser sa plume pour imposer son point de vue"(145), rien n'empêche, en revanche, une fois tentée l'analyse, d'exprimer son intime conviction qui est, pour nous, *qu'il est indigne de programmer contractuellement, à trois ou quatre (146), la naissance, l'abandon puis l'adoption -ou pas selon son état physique et/ou mental- d'un enfant.*

(142) précité, p. 15.

(143) V. à propos de tous ces avantages E. Gaudin de Lagrange, "Les droits de l'enfant", précité, p. 201 ; de plus, serait mieux respecté l'art. 1 de la loi du 31 déc.1979 qui dispose que "la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. (Qu') il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité...".

(144) J. Rubellin-Devichi, "La gestation pour le compte d'autrui", précité, p. 148.

(145) N. Questiaux, "Le rôle du droit face à la P.M.A." in Diagnostic prénatal, Procréation médicalement assistée, Sciences de la vie et droits de l'homme, Paris, Masson, 1990, p. 71.

(146) selon qu'il y a ou pas un intermédiaire.

ANNEXE

COUR DE CASSATION

ARRÊT du 31 mai 1991 rendu par l'Assemblée Plénière

LA COUR,

Sur le pourvoi dans l'intérêt de la loi formé par M. le Procureur général près la Cour de cassation :

Vu les articles 6 et 1128 du Code civil, ensemble l'article 353 du même Code ;

Attendu que 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 ;

Attendu selon l'arrêt infirmatif attaqué que Mme X, épouse de M. Y, étant atteinte d'une stérilité irréversible, son mari a donné son sperme à une autre femme qui, inséminée artificiellement, a porté et mis au monde l'enfant ainsi conçu ; qu'à sa naissance, cet enfant a été déclaré comme étant né de Y, sans indication de filiation maternelle ;

Attendu que, pour prononcer l'adoption plénière de l'enfant de Mme Y, l'arrêt retient qu'en l'état actuel des pratiques scientifiques et des mœurs, la méthode de la maternité substituée doit être considérée comme licite et non contraire à l'ordre public, et que cette adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant, qui a été accueilli et élevé au foyer de M. et Mme Y pratiquement depuis sa naissance ;

Qu'en statuant ainsi, alors que cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement dans l'intérêt de la loi et sans renvoi, l'arrêt rendu le 15 juin 1990 par la Cour d'appel de Paris.

À PROPOS DE LA PERTE DE CONFIANCE...

(COMMENTAIRE DE CASS. SOC. 29-XI-1990
DAME FERTRAY C/ ETS WAGNER)

Par

Claude SAINT-DIDIER

Moniteur de l'enseignement supérieur à l'Université d'Aix-Marseille III

La confiance est la trame de tout contrat. Peu ou prou, elle en imprègne le régime juridique (1). Le contrat de travail ne fait en rien exception. Dans une certaine mesure, il a même contribué au rayonnement de cette notion.

Cette impulsion donnée par le droit du travail à la notion de confiance, n'est pas à rechercher au moment de la formation du contrat. L'assimilation traditionnelle de la question de la place et du rôle de la confiance, en ce temps de la formation, au fait de savoir si le contrat est de ceux conclus intuitu personæ ne débouchera, en droit du travail, que sur la constatation du déclin de ce caractère, et donc, sur la conclusion d'une place réduite reconnue à la confiance (2).

L'apport du droit du travail à la construction du régime juridique de la confiance résulte plus sûrement de la jurisprudence développée au temps de l'exécution de la convention. C'est la jurisprudence dite de la perte de confiance (3).

(1) V. Chirez (A), De la confiance en droit contractuel, Thèse Nice 1977.

(2) Sur le caractère intuitu personæ du contrat de travail :

V. Soc. 25 avril 1990 L'Arbre et autre c/ Mahnourne, R.J.Soc. 6/90 n° 450 ; Le Quotidien Juridique 29 janvier 1991 n° 13, p. 6. Une décision qui avec bien d'autres participe de la construction jurisprudentielle d'une théorie de la fongibilité du salarié. Certaines pratiques patronales au moment de l'embauche dont l'utilisation de questionnaires orientés vers la vie privée du salarié peuvent laisser penser que l'intuitus personæ n'est pas mort en droit du travail. Toutefois les limitations posées par la jurisprudence et les interdictions légales réduisent considérablement le pouvoir d'investigation de l'employeur et réfrènt corrélativement une éventuelle résurgence de l'intuitus personæ.

V. plus largement Valleur (F), L'intuitus personæ dans les contrats, Thèse Paris 1938 ; Contamine-Raynaud (M), L'intuitus personæ dans les contrats, Thèse Paris II 1974.

(3) On pourra consulter : Bodecher (M), La perte de confiance et les modes de rupture du contrat de travail, Thèse 3° cycle Aix-en-Provence III, 1986 ; Chirez (A), La perte de confiance par l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement?, D. 1981, Ch, 193 ; Les motifs subjectifs de licenciement, SSL sup. n° 322 (4-8-86), p. D4 ; Javillier (J.C.), L'obligation de loyauté des cadres, D.O 1977, p. 135 ; Samarito (F), Le licenciement des cadres, D.O 1981, p. 163.

La jurisprudence sur la perte de confiance doit sa renommée à l'érection de la perte de confiance en un motif autonome de licenciement. L'allégation par l'employeur de la seule disparition de "l'entente mutuelle" suffit à entraîner la rupture du contrat de travail, en opposition à ce qu'il a semblé à certains auteurs (4) avec les exigences de la loi de 1973 relative au licenciement pour cause personnelle, qui pose la nécessité d'une cause réelle et sérieuse à établir par l'employeur.

Cette jurisprudence, qui embrasse un champ d'application relativement étendu, est tout à la fois, un puissant instrument de prévention (de gestion) du risque affectant la vie de l'entreprise (5), et un hommage rendu au pouvoir du chef d'entreprise (à son pouvoir de droit divin (6)). Dans la pratique, la jurisprudence sur la perte de confiance s'est avérée une arme redoutable au service de l'employeur, et comme telle, a été très critiquée pour l'aspect arbitraire procédant à son utilisation.

Avec l'arrêt du 29 novembre 1990 (7) rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation, il semble qu'un tel tableau doive s'exposer au temps passé, dans la mesure où la réalité qu'il dépeint est toujours d'actualité (8).

Dans cette espèce une salariée, Mme Fertray, a été licenciée (licenciement sans cause réelle et sérieuse, prétend-elle) pour perte de confiance, en raison de la situation conflictuelle qui opposait son employeur à son mari, ancien salarié de l'entreprise. Ce dernier, licencié pour raison économique avait assigné son employeur en paiement de diverses indemnités non perçues, n'hésitant pas pour obtenir satisfaction à en passer par une action en règlement judiciaire. Ce climat envenimé, s'il a pu convaincre les juges du fond de la nécessité pour le chef d'entreprise de se séparer de la salariée, n'a pu emporter l'adhésion de la Cour de cassation. La Haute Juridiction énonce "qu'un licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit être fondé sur des éléments objectifs ; que la perte de confiance alléguée par l'employeur ne constitue pas en soi un motif de licenciement".

La netteté du propos semble conduire à voir dans cette décision un arrêt de principe (9), sinon un revirement de jurisprudence (I). Que l'élan ou la

Dans le cadre de la jurisprudence l'arrêt Renard c/ Le foyer rémois a eu en son temps un retentissement particulier. V. Pelissier (J), Note sous Soc. 23 juin 1976 et Reims 28 mai 1975, D. Soc. 1977, p. 21 ; D.O 1977, p. 147.

(4) V. entre autres Chirez (A), op. cit., p. 194 et p. D5 ; Pelissier (J), op. cit., p. 26 ; Pelissier (J) et Lyon-Caen (G), Droit du travail précis Dalloz 14^{ème} éd. 1988, n° 299, p. 338.; Pelissier (J), obs. sous Soc. 28 mars 1979, D. 1979, IR, 423.

(5) V. Martin (G.J), Le risque, concept méconnu du droit économique, Revue internat. de droit économique 1990/2, p. 173.

(6) Une expression qu'on retrouve in Thomas (G), Les licenciements non économiques des salariés non protégés et la jurisprudence de la Cour de cassation, D.O 1982, p. 115 s., notamment p. 138.

(7) Soc. 29 novembre 1990 Fertray c/ Ets Wagner D. 1991, J, 190 note Pelissier (J) ; R.J.Soc. 1/1991 n°16 p. 15 ; SSL n°532 (24-12-90), p. 7 note Hautefort ; Cah. Soc. du Barreau de Paris janvier 1991 n°26 A5 p. 11 ; Juris. Soc. UIMM n° 91-535, p. 45 ; D.O 1991, p. 66 note F.S.

(8) Divers ouvrages généraux de droit du travail posent l'exigence d'éléments objectifs pour l'établissement de la perte de confiance. V. à titre d'exemple D.P.S , V° Licenciement n° 37, p. 566 D 3 (1-9-89) ; Lamy Social 1991 n° 1959 ; Francis Lefbvre, Rupture du contrat de travail 1990, p. 219.

(9) V. sur la délicate lecture des arrêts de la Cour de cassation : Voulet (J), Interprétation des arrêts de la Cour de cassation, JCP éd. G 1970, I, 2305 ; Atias (C), L'ambiguïté des arrêts dits

réserve porte à opter pour l'une ou l'autre de ces solutions, cet arrêt n'en suscite pas moins un certain nombre de difficultés d'interprétation qui ne laisseront pas d'avoir d'éventuelles répercussions sur d'autres aspects du droit du licenciement (II).

I - L'ARRÊT DU 29 NOVEMBRE 1990 : UN REVIREMENT DE JURISPRUDENCE ?

Donner à la position adoptée par la Cour de cassation cette portée, serait y voir l'acceptation par celle-ci des critiques formulées à l'encontre de sa position précédente. L'aspect prétendument "inique" de la jurisprudence sur la perte de confiance dénoncé, on doit reconnaître que le terrain a été préalablement préparé par un certain nombre de décisions. En aucun cas, il n'est possible de considérer l'arrêt du 29 novembre 1990 comme un coup de tonnerre dans un ciel serein.

A - UNE JURISPRUDENCE CRITIQUÉE

La critique essentielle formulée s'appuie sur l'arbitraire, la subjectivité de ce motif de licenciement. Ce que d'aucuns contestent sous ces prétextes, en soulignant l'exigence d'objectivité de la cause réelle et sérieuse imposée en 1973 et l'incapacité dans laquelle serait le juge d'apprécier le bien fondé de la perte de confiance invoquée, c'est la promotion, même, de ce motif au rang de motif autonome de licenciement. Et la doctrine, de tourner son regard vers les illustrations qui traduisent de manière particulièrement visible l'inconvénient d'une telle situation :

1°) les espèces qui exposent des cas de concurrence indirecte (10) ;

2°) les espèces dans lesquelles le salarié fait l'objet d'une suspicion judiciaire ou patronale (11).

Dans la première série de cas, l'employeur invoque la perte de confiance à l'appui d'une mesure de licenciement, prise en considération d'un risque de divulgation de renseignements -notamment techniques et commerciaux-, dont il pourrait être victime de la part du salarié au profit d'un membre de son entourage (l'époux (12), le concubin (13), le fils, etc.), qui travaille pour une entreprise concurrente de la sienne, ou qui a créé une entreprise dans le même secteur d'activité.

de principe en droit privé, JCP éd. G 1984, I, 3145 ; Perdriau (A), La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation, JCP éd. G 1990, I, 3468.

(10) V. L'obligation de non concurrence du salarié pendant l'exécution du contrat de travail, CP 5/89, Ch. 1. RAY (J.E), Fidélité et exécution du contrat de travail, D. Soc. 1991, p. 376 s., spéc. p. 378 et 379.

(11) V. Roger (M), Les effets de la délinquance du salarié, D. Soc. 1980, p. 173.

(12) V. Montredon (J-F), A propos du conjoint du salarié, D.T 3/89, Ch. 1 et Jurisclasseur Droit du Travail, Traité, Fasc. 2-30 ; V. Le comportement du conjoint justifie-t-il un licenciement?, Soc. Prat. n° 32 (10-3-87), p. 14.

(13) V. réf. note 12 ; V. E.K, V° Concubinage (1-1-90) Répertoire Dalloz Droit Civil ; V. L'activité du concubin peut-elle justifier le licenciement? Soc. Prat. n° 51 (25-1-88), p. 7.

De nombreuses décisions (14) concrétisent cette philosophie du "si ce n'est toi c'est donc ton frère". Ainsi pouvons-nous nous reporter à des arrêts comme celui de la chambre sociale de la Cour de cassation du 16 février 1987 Melle Airaud c/ SARL Le Marcusin (15), qui précise que le risque de voir le salarié communiquer des renseignements à son ami représentait un motif légitime, ou bien encore celui du 25 novembre 1987 Terkowski c/ Sté Traub (16) ; pour ne pas citer un arrêt du 13 octobre 1976 (17) qui admet le licenciement pour perte de confiance alors que la concurrence génératrice du risque de divulgation n'est pas encore effective.

Deux arrêts de cour d'appel sont également intéressants à noter, celui de la cour de Paris du 26 avril 1984 Rochietto c/ SARL Immovery (18), et celui de la cour de Nancy Briot c/ SA Café Stanislas (19) qui semblent à des époques différentes maintenir la ligne dure de l'appréciation de la perte de confiance.

Dans la deuxième série de cas, nous nous trouvons confrontés à des situations dans lesquelles la conduite et la probité du salarié sont suspectées. Cette attitude sera dans certaines hypothèses le fait exclusif de l'employeur, dans d'autres, elle s'inscrira dans un contexte judiciaire. Le salarié fait l'objet d'une enquête judiciaire, est inculpé, est jugé au pénal. Sans que sa culpabilité soit avérée, et quand bien même l'aurait-elle été, l'entreprise est en droit de voir dans ces événements un motif légitime de licenciement, non seulement au regard des atteintes éventuelles à sa notoriété et à son image, mais encore au regard du fait qu'elle y trouve l'origine d'un doute quant à l'honorabilité du salarié suspecté (20).

(14) Nous ne citerons que des espèces dans lesquelles la nature réelle et sérieuse de la cause a été reconnue :

- 1°) pour les salariés mariés V. Soc. 18 mai 1978 Sté Industrielle des stores le soleil c/ Bloch, Soc. Prat. n° 27 (25-12-86), p. 8 ; Soc. 4 avril 1979 Union départ. de la MSA de l'Oise c/ Dame Bisseaux, D. 1980, IR, 25 obs. Langlois ; Soc. 6 mars 1980 Dame Voisin c/ Sté Atlas Levage, D. 1981, IR, 127 obs. Langlois ; Soc. 6 octobre 1982 Barron c/ Steiner in F.L., La rupture du contrat de travail n° 7320 ; Paris 22 novembre 1985 Beuters c/ SA Picon, Edi-Data n° 85-26533 ; Soc. 7 mai 1987 Jarrige c/ Sté Famea, Soc. Prat. n° 44 (10-10-87), p. 13 ; Aix-en-Provence (18° ch) 19 octobre 1987 SA Cifreo c/ Culmine, Edi-Data n° 87-49324 ; Rennes (5° ch) 11 avril 1989 Sté Kerdisgel c/ Tanguy, Edi-Data n° 89-48405 ; Orléans 20 avril 1989 Moullin c/ Paturel, Edi-Data n° 89-45466.

- 2°) pour les concubins : Versailles (11° ch) 21 septembre 1987 Mme Dufils c/ SA Radio équipement Antares, D. 1989, Som., 260 obs. SERRA (Y) ; Paris 4 juin 1987 SARL Bergerat-Monnoyeur c/ Dlle Landgraf, D. 1987, J, 610 note Mouly (J) ; CP 1988 n° 3, p. 55 ; Montpellier (24° ch) 17 octobre 1989 SA Difinter c/ Fortin, Edi-Data n° 89-240605 ; Paris (22° ch A) 14 février 1990 SA Cico c/ Parsekian, Edi-Data n° 90-22421.

- 3°) autres cas de figure : Soc. 25 novembre 1987 Torrin c/ André, Soc. Prat. n° 82 (10-6-89), p. 9 ; Juris. Soc. UIMM n° 88-499, p.47 (gendre) ; Paris 22 octobre 1985 Louin c/ SARL Manuferm, Edi-Data n° 85-28148 (père).

(15) SSL n° 351 (16-3-87), p. 162.

(16) Soc. 25 novembre 1987 Terkowski c/ Sté Traub, Soc. Prat. n° 82 (10-6-89), p. 9 ; Juri-Social 1987 n° 10, SJ 262 ; CP 1988 n° 3, p. 56.

(17) Soc. 13 octobre 1976 Sauvataire c/ Sté Ent. Devèze, Bull. V, n° 485, p. 399.

(18) Paris 26 avril 1984 Rochietto c/ SARL Immovery, Edi-Data n° 84-24852.

(19) Nancy 16 novembre 1988 Briot c/ SA Café Stanislas, Edi-Data n° 88-51919.

(20) Cf. les premières phases de la procédure pénale ainsi que la question de l'influence sur le contrat de travail d'un salarié des décisions de relaxe et de non lieu. V. Lamy Social 1991 n° 1961 et réf. citées ; F.L., Rupture du contrat de travail n° 7170 s., p. 223 s. ; Soc. 28 juin 1978 Bordaïron c/ SA les N.G., D. 1979, IR, 26 obs. Langlois ; Soc. 5 mars 1981 Begot c/ Sté Montalev, BSFL 5/81 inf. 509 ; Soc. 28 mars 1984, CP 1984 n° 9, p. 162 ; Soc. 6 novembre 1984, CP 1985 n° 9, p. 176 ; Colmar (Soc.) 22 mai 1986 SA BNP c/ Klethi, BSFL

Ce tour d'horizon imparfait de la jurisprudence se terminera par une dernière critique. Il est fait grief à la perte de confiance de se nourrir non seulement de faits trouvant leur expression dans le travail, mais encore d'événements se passant hors de ses lieux et hors de son temps. En d'autres termes, la perte de confiance ne connaîtrait pas les frontières entre la vie professionnelle et la vie privée du salarié (21). C'est, dans une certaine mesure, pour lutter contre cette hypertrophie de la notion que les tribunaux ont essayé de circonscrire son champ d'application.

B - UN TERRAIN DÉJÀ PRÉPARÉ

Les critiques et les dangers présentés par la jurisprudence sur la perte de confiance ont très tôt pénétré les juridictions du fond. La nécessité d'asseoir un contrôle plus poussé des juges sur les raisons de ce type de licenciement, au-delà d'une explication passe partout, générique et abstraite se rencontre dans diverses décisions.

Ainsi, la cour d'appel de Paris a en 1978 (22) considéré le licenciement d'un salarié dont le conjoint participait à une revue concurrente de celle de l'employeur, comme irrégulier, en relevant l'absence de faute du salarié et l'absence de griefs susceptibles d'étayer la prétendue perte de confiance. De même en 1986 (23) la démission du conjoint du salarié, pour entrer au service d'une autre entreprise, fut considérée comme une circonstance insusceptible de ruiner la confiance de l'employeur dans la loyauté du salarié.

Les cours de province participent également de ce mouvement de restriction de la portée de la jurisprudence sur la perte de confiance. Nous semblent significatifs, un arrêt de Grenoble (24) qui souligne que les faits imputables au salarié licencié sont les faits exclusifs de son conjoint et un arrêt de Nancy (25) qui souligne que l'employeur n'allègue aucuns faits précis. Un arrêt d'Aix-en-Provence (26) est suffisamment topique pour que l'on cite ses attendus : "Attendu il est vrai que la perte de confiance mutuelle entre l'employeur et le salarié est une cause légitime de licenciement en tant qu'elle constitue une atteinte à la bonne marche de l'entreprise ; qu'il relève des prérogatives du chef d'entreprise d'apprécier le risque que la situation créée fait courir à l'entreprise et de décider du sort à réserver au contrat de travail. Attendu qu'il importe toutefois que pour justifier la perte de confiance l'employeur puisse alléguer un ou des faits précis et que les règles ne sauraient se satisfaire d'une appréciation purement subjective (...)".

11/86 inf. 1277 b ; Soc. 8 juillet 1985 Mme Soares c/ Mme Verges, Juri-Social 1985 n° 9, SJ 279 ; Soc. 8 octobre 1986, CP 1987 n° 2, p. 25 ; Soc. 27 novembre 1986 Corudo c/ Sté Didalab, D. 1987, IR, 2 ; Soc. 12 mars 1991 Picquart c/ GIE La maison du logement, GP 12, 13 mars 1991, p. 21. Adde SAVATIER (J), Le licenciement pour des faits susceptibles d'incrimination pénale, D. Soc. 1991, p. 626.

(21) V. Despax (M), La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail, JCP éd. G 1963, I, 1776.

(22) Paris 27 janvier 1978 Union fédérale des consommateurs c/ Beauclair, Edi-Data n° 78-210166.

(23) Paris 27 janvier 1986 Patou c/ SA Laboratoire Express Service, Edi-Data n° 86-24989.

(24) Grenoble 22 décembre 1986 Breyton c/ Genty-Record, Edi-Data n° 87-100.

(25) Nancy 31 mai 1989 (Soc.) SA Lips c/ Ritz, Edi-Data n° 89-47307.

(26) Aix-en-Provence (14° ch) 4 octobre 1983 D'Antonio c/ Crédit hôtelier, n°524/83 (inédit).

Pour caractériser le risque sérieux qui pèse sur l'entreprise divers éléments sont ainsi pris en compte dont :

1°) Les fonctions du salarié (27) et non pas seulement sa place hiérarchique dans l'entreprise (28). S'il va de soi qu'un rang élevé dans l'organigramme de l'entreprise entraîne une présomption d'accès plus facile à des renseignements confidentiels, certaines tâches subalternes présentent tout autant de risque dans la mesure où elle sont des points de passage obligés de l'information, ainsi le secrétariat ou le service comptable.

2°) La taille de l'entreprise (29).

3°) La réalité de la concurrence invoquée (30).

La Cour de cassation, elle-même, a accordé dans le passé un crédit à cette recherche d'objectivité appliquée à la cause du licenciement.

Elle a récemment reconsidéré sa position attachée à la suspicion patronale dans des arrêts de 1988 et 1989, par lesquels elle semble lier la réalité du motif de licenciement au sort de la procédure pénale engagée (31). Traditionnellement, la Chambre sociale optait pour l'autonomie de la faute disciplinaire par rapport à la faute pénale. N'ayant pas à intervenir sur une action en réparation du dommage causé par la faute pénale, mais sur l'influence de celle-ci sur le contrat de travail, elle ne se sentait pas tenue par ce qu'avait décidé le juge pénal. Au travers des décisions citées, il apparaît un abandon partiel de ce point de vue, ainsi que la volonté de reconsidérer la portée de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil. Ceci étant, il ne s'agit à première vue que d'une évolution limitée à la question de l'incidence d'une mesure de relaxe en faveur du salarié sur le bien fondé d'un licenciement. Et dans ce cadre précis, la Chambre sociale n'est prête à reconnaître la supériorité des moyens d'investigation du juge répressif - lesquels permettent de penser que tous les éléments auront été découverts et utilisés-, que pour les cas où la relaxe est fondée sur la négation des faits ou la non participation du salarié à l'infraction. À ces dates, demeurent hors de cette évolution, à tout le moins, les décisions ne bénéficiant pas de l'autorité

(27) Sur le critère des fonctions, outre les décisions déjà citées V. : 1°) pour les postes de secrétariat Dijon 19 juin 1990 SA Durupt c/ Strintz, *Edi-Data* n° 90-42299 ; Pau (Soc.) 19 mai 1989 Peyre c/ Avezac, E-D n° 89-46316 ; 2°) pour les postes de comptabilité Nancy (Soc.) 31 mai 1989 Lips c/ Ritz, E-D n° 89-47307 ; Orléans 24 septembre 1987 Assoc. La chrysalide c/ Perchais, E-D n° 87-43327 ; 3°) pour d'autres emplois cf. Orléans (manutentionnaire) et Rennes (coursier) note 14, Grenoble note 24 (serveuse) ; Bourges (Soc.) 8 décembre 1989 Sté Moncany c/ Pidance, E-D n° 89-51814 (ouvrier qualifié de fabrication).

(28) V. Javillier (J.C.), op. cit., p. 135 ; Samarito (F), *Le licenciement des cadres*, D.O 1981, p. 163.

(29) Sur le critère de la taille V. Paris 4 juin 1987 SARL Bergerat-Monnoyeur c/ Dlle Landgraf., D. 1987, J, 610 note Mouly (J).

(30) La nature des activités est prise en compte. Le caractère direct de la concurrence est souvent affirmé, V. Soc. 25 novembre 1987 note 16 ; Soc. 16 juin 1988 SA Someflu c/ Mme Chatrian, CP 1989 n° 5, p. 84.

(31) V. Pralus-Dupuy (J), *Les décisions pénales d'arrêt des poursuites favorables au salarié et licenciement pour perte de confiance*, note sous Soc. 21 juin et 12 juillet 1989, D. 1990, J, 132 et *Incidence d'un jugement de relaxe sur le licenciement d'un salarié*, note sous Soc. 16 juin 1988, D. 1990, J, 70. Adde SAVATIER (J), op. cit., cf. note 20.

de la chose jugée comme le non-lieu ou le classement sans suite. La production ultérieure de la Cour de cassation confirmera cette jurisprudence (32) et apportera des précisions intéressantes. Ces informations permettent de conclure à un renforcement de la position de la Haute Juridiction mais également à sa fragilisation. Il y a renforcement, dans la mesure où la Cour traite les décisions de classement sans suite à l'identique des décisions de relaxe (33). Il y a fragilisation, dans la mesure où l'employeur pourra invoquer le bénéfice de la perte de confiance en s'appuyant sur le trouble lié à la publicité de l'affaire criminelle.

Dans une série de décisions de 1987 (34) dont un arrêt *Torrin c/ André*, la Cour de cassation prend à son compte les différents critères posés précédemment et dénonce l'absence de faits précis à l'appui du licenciement. Antérieurement à ceux-ci, un arrêt de 1982 *Serinox c/ Mme Hervé* (35) avait déjà posé que l'existence de relations affectives entre un salarié et un tiers ne saurait suffire à constituer une preuve suffisante de la perte de confiance.

L'enthousiasme sans suite de certains à y voir un revirement de jurisprudence, nous incite à prendre une position de réserve. Cependant, comment ne pas donner à l'arrêt de 1990 une portée identique à celui de 1982, lorsqu'on le replace dans le contexte décrit.

À dire vrai, plutôt que le terme de revirement qui évoque une fracture dans la ligne jurisprudentielle, nous aurions tendance à employer celui d'ajustement. La Cour de cassation s'est ralliée à l'exigence d'objectivité de la perte de confiance qui, statistiquement, avait enlevé l'adhésion d'une majorité de magistrats (36), en sorte qu'elle n'a fait que s'adapter à son environnement. Dans une large mesure, donc, la position adoptée ici n'a guère d'impact pratique, la nouvelle ligne jurisprudentielle est plus descriptive que prescriptive.

L'opinion soutenue est tributaire d'un parti pris, celui de ramener l'exigence d'objectivité à l'établissement d'un faisceau d'indices ; or, ce n'est pas la seule possibilité qui soit donnée à l'interprète. Ce choix s'inscrit parmi les incertitudes que soulève cet arrêt.

(32) Soc. 12 mars 1991 *Bonfils c/ Cie Air France*, GP 12, 13 avril 1991, p. 21. Adde SAVATIER (J), op. cit., p. 630 et 631, cf. note 20.

(33) Soc. 7 mars 1991 *Mlle Gauthier c/ Largeas*, GP 12, 13 avril 1991, p. 21.

(34) Soc. 25 novembre 1987 *Torrin c/ André*, V. note 14 3° ; Soc. 25 novembre 1987 *Terkowski c/ Sté Staub*, V. note 16 ; Soc. 5 novembre 1987 *SAM BTM c/ Mme Cariou*, CP 1988 n° 3, p. 55 ; Juri-Social 1986 n° 10, SJ 263 ; Soc. 14 octobre 1987 *Laboratoire Express Service c/ Patou*, CP 1988 n° 2, p. 25 ; Soc. 12 mars 1987 *Lavoine c/ Sté Laboratoire d'études et de recherches chimiques* ; Soc. 12 mars 1987 *SARL Foucray Val-de-Loire c/ Dugue*, in *Rupture du contrat de travail op. cit.*, n° 6500, p. 219. Postérieurement à ces dates la Cour de cassation a manifesté les mêmes exigences ainsi Soc. 23 mars 1989 *Sté Kone c/ Mme Paternotte*, D.O 1990, p. 489.

(35) Soc. 30 mars 1982 *SA Serinox c/ Dame Hervé*, D. 1982, Som., 197 obs. Pelissier (J) ; Juri-Social 1982 F 54. Cet arrêt n'est pas le seul, ainsi Soc. 3 juillet 1986 *SA Crit interim c/ Mme Pioche*, Juri-Social 1986 n° 8, NB 112.

(36) Telle est du moins notre impression, après dépouillement des arrêts qu'il nous est permis de connaître.

II - LES INTERROGATIONS SUSCITÉES PAR L'ARRÊT DU 29 NOVEMBRE 1990

L'arrêt Fertray en termine avec la perte de confiance comme motif autonome de licenciement ; en sorte que l'objectivité devra présider à l'appréciation de la cause réelle et sérieuse. Cette exigence d'objectivité, phare de la nouvelle jurisprudence, n'est pas aussi explicite qu'on pourrait le penser. Il convient de s'entendre sur la teneur à donner à cette expression. Par delà le sens conféré à celle-ci, n'est-il pas à craindre que les contraintes nouvelles qu'elle pose rejaillissent sur d'autres points du droit du licenciement?

A - LA TENEUR À DONNER À L'EXIGENCE D'OBJECTIVITÉ

L'exigence d'objectivité peut s'apprécier de deux manières : au regard d'une série d'indices réunis en un faisceau, ou au regard de l'exigence d'une faute.

Ramener l'exigence d'objectivité à l'établissement d'un faisceau d'indices est la démarche traditionnelle en la matière.

En d'autres termes, les critères non limitatifs exposés ci-dessus, serviront à la démonstration de la perte de confiance et convaincront le juge de la réalité et du sérieux du risque prétexté, des gênes escomptées.

La démarche in concreto adoptée de la sorte, guidée par la règle du "doute profite au salarié" assurerait la réalisation de l'exigence d'objectivité requise.

Deux remarques s'imposent :

1°) La démarche in concreto n'est pas exclusive d'imprécisions ; tout au contraire appelle-t-elle, en l'absence de hiérarchie des critères, une certaine variabilité dans le prononcé de la solution. Les mêmes critères pourront bénéficier d'une pondération différente suivant les juridictions. L'écueil serait éventuellement moindre si la Cour de cassation opérait un contrôle de la qualification de la cause réelle et sérieuse. L'arrêt de 1990 est peut-être le premier pas dans ce sens (37). Toutefois, même au temps où ce contrôle s'exerçait, il n'a pas empêché la coexistence de solutions divergentes, d'appréciations variées en ce qui touche à la réalité de la perte de confiance. Le contrôle de cassation permet de définir les éléments constitutifs d'une notion, l'appréciation du contenu de ces éléments est naturellement largement tributaire des juges du fond.

2°) La règle du doute inscrite à l'article L 122-14-3 C. Trav. transfère les risques de la preuve sur l'employeur. Si elle est un avantage certain pour le salarié et un complément harmonieux à l'exigence d'objectivité dégagée par l'arrêt Fertray, dans la mesure où elle en sanctionne le principe, elle n'a pas l'effet décisif qu'on veut lui accorder. Elle est pour partie inutile, pour partie incertaine. Inutile, dans la mesure où elle est superflète et supplétive au

(37) V. Pelissier (J), op. cit., cf. note 7. Sur cette question V. Pelissier (J), Ambiguïté et logique du contrôle de la Cour de cassation, D. Soc. 1986, p. 179 ; Blaise (H), Contrôle exercé par la Cour de cassation : motif de licenciement, accident de trajet, BSFL 5/86, p. 227 ; Savatier (J), L'appréciation du caractère réel et sérieux des motifs de licenciement doit-elle être contrôlée par la Cour de cassation? D. Soc. 1987, p. 357.

sens non technique du terme. Incertaine, car son utilisation dépend in fine de l'appréciation subjective par le juge du pouvoir de conviction des éléments présentés au débat, lequel pourra s'estimer suffisamment convaincu par des éléments de fait que d'autres jugeraient imprécis.

Ceci étant, il n'est pas dit qu'avec cette méthode on n'en vienne pas à oublier l'aspiration de départ, qui est d'atteindre la réalité d'un phénomène (la perte de confiance), pour se contenter, comme précédemment, d'atteindre à la vraisemblance. Vraisemblance partagée par le demandeur et le juge et donc vraisemblance renforcée ? Il n'est pas toujours dit.

Prenons par exemple les faits tirés d'une espèce connue (38). Soit un salarié d'une petite entreprise qui entretient des relations intimes avec son employeur. Leur liaison cesse. Peut-on admettre le licenciement de la salariée pour perte de confiance ?

Le recherche d'un faisceau d'indices se ramène : 1°) à la petite taille de l'entreprise ; 2°) à la cessation d'une liaison amoureuse. Sera-ce suffisant pour en conclure qu'il y a perte de confiance et caractérisation d'un risque fondé sur la propension à l'instauration d'un état conflictuel ou de tension. Dans ce cas nous ne voyons guère de différence entre un système qui mesure l'objectivité d'une manière souple et un système qui proclame sa croyance dans la subjectivité. Le second a le mérite d'afficher ses limites.

Imaginons une autre situation : celle qui lie le sort du salarié dans l'entreprise au bon état des relations matrimoniales qu'il entretient avec la fille (le fils) du chef d'entreprise. La dégradation de cette situation, éventuellement ponctuée par un divorce, explique-t-elle la perte de confiance, par pétition de principe qui voudrait que le climat des relations affectives dans le couple rejaillisse sur les rapports avec les autres membres de la famille, dont le beau-père : l'employeur.

Une interprétation plus osée (plus hasardeuse ?) irait jusqu'à voir dans cet arrêt, l'expression de la volonté de la Cour de cassation, de dénier à l'idée de risque une quelconque influence sur le sort du contrat de travail. Une partie de la doctrine milite en ce sens (39). Dans une large mesure cette conception n'est pas étrangère aux magistrats. De nombreuses décisions ne mentionnent la perte de confiance qu'après avoir relevé un comportement blâmable chez le salarié, caractérisant une violation de ses obligations de fidélité et de loyauté envers l'employeur. La perte de confiance est indirecte, elle n'est qu'un doublet à l'obligation de loyauté (40).

Ensuite, d'autres décisions exigent ouvertement la nécessité d'une faute imputable au salarié (41).

(38) Soc. 29 novembre 1984 Mme P c/ A, Juri-Social 1985, SJ 69.

(39) V. Alvarez (N) : "La perte de confiance doit normalement avoir un caractère objectif et être la conséquence directe de la faute." in La faute "sérieuse" cause de licenciement, D.O 1979, p. 9.

(40) V. DPS, V° Licenciement (1-9-89), p. 566 D 3 n° 37 a § 3.

V. Metz 8 septembre 1987 Enderlin c/ Sté d'exploitation des Ets Tilly, Edi-Data n° 88-594 (vente de produits étrangers à la société pendant le temps et sur le lieu de travail) ; Bourges (Soc.) 16 juillet 1987 Féd. mut. Agri. Nièvre c/ Mongaudon, E-D n° 87-48158 (inapplication de majorations de retard à l'époux de la salariée) ; Orléans (Soc.) 24 septembre 1987, cf. note 27.

(41) V. Soc. 12 juillet 1990 Mme Lesage c/ Sté Lesage père et fils, Juris-soc. UIMM n° 91-535, p. 44 ; Dijon 19 juin 1990 SA Durupt, déjà cité ; Paris (22° ch B) 15 mai 1987 SA Joffin-Labaties c/ Le bihan, E-D n° 87-27051 ; Grenoble 22 Décembre 1986, déjà cité.

Dans un cas comme dans l'autre, la faute supplante le risque, la certitude détruit l'aléa ; il n'est plus question que d'une objectivité indéniable. L'exigence d'une faute disciplinaire a cet autre avantage qu'elle est protectrice du salarié dans la mesure où elle cantonne directement la perte de confiance à la seule sphère des relations professionnelles. Dans le cadre de cette seconde hypothèse est finalement consacré l'aptitude du droit disciplinaire à façonner le régime du licenciement pour cause personnel (42).

Que l'on retienne la première interprétation (la plus probable), ou que ce soit la seconde, ne convient-il pas de s'interroger sur leur influence au-delà du stricte domaine de la perte de confiance ?

B - L'IMPACT DE L'ARRÊT FERTRAY

L'exigence d'objectivité remodèle en partie le droit de la perte de confiance. Elle pourrait pareillement rebondir sur d'autres terrains : le terrain de la procédure de licenciement, prise en sa phase relative à l'énonciation des motifs ; le terrain des autres motifs subjectifs de licenciement.

L'aspect procédural se pose lorsqu'on met en confrontation l'arrêt Fertray avec l'arrêt Rogie (43). De cette décision, également du 29 novembre 1990, il résulte l'obligation pour l'employeur d'énoncer des motifs précis au licenciement ; l'imprécision étant traitée comme une absence de motifs. Dès lors, la question apparaît de savoir si l'employeur pourra toujours faire mention de la seule perte de confiance dans le cadre de la motivation de sa décision sans être sanctionné, ou s'il sera obligé de référencer les éléments objectifs qu'il a pu invoquer au cours de l'entretien préalable.

Sur ce point, il est fort à craindre que la seule mention de la perte de confiance ne satisfasse pas à la jurisprudence Rogie. Cette dernière, qu'on ne manquera pas de rattacher à l'ancienne jurisprudence Janousek du 26 octobre 1976 (44), nous semble plus sévère que la précédente pour l'employeur. Dans sa volonté d'assurer au salarié une parfaite connaissance des motifs de son congédiement, elle va jusqu'à interdire à l'employeur de s'appuyer sur les informations qu'il a pu fournir à celui-ci au cours de l'entretien préalable et de démontrer ainsi le bien fondé de son action. Comme le souligne justement M. Savatier, "le souci de garantir les droits de la défense du salarié (...) ne doit pas faire oublier les droits de la défense de l'employeur dans le procès qui lui est fait par le salarié demandant l'indemnisation du préjudice que lui cause la rupture" (45).

Quant à l'impact de l'arrêt Fertray sur les autres motifs subjectifs, il s'agit d'en examiner l'influence sur la mésentente et sur l'incapacité professionnelle.

Cet arrêt n'aura sur ceux-ci qu'un impact réduit, dans la mesure où la méthode que la Cour impose aux juridictions dans le domaine de la perte de

(42) V. Berra (D), Le pouvoir disciplinaire et son contrôle par le conseil de prud'hommes, SSL Sup. n° 174 (1-8-83), p. D5 s., spéc. p. D12.

(43) Soc. 29 novembre 1990 Rogie c/ SARL Sermaize Distribution, R.J.Soc. 1/91 n° 19 p. 16 ; Cah. Soc. du Barreau de Paris janvier 1991 n° 26 A4 p. 9 ; Le Roux (D), SSL n° 532 (24-12-90), p. 6 ; Rayroux (M), Motivation du congédiement nouvelle évolution, GP 16, 18 juin 1991, p. 2 ; Savatier (J), L'obligation d'énoncer les motifs du licenciement, D. Soc. 1990, p. 99.

(44) Soc. 26 octobre 1976 Janousek, D. 1977, J, 544 note Jeammaud (A).

(45) Savatier (J), op. cit., p. 101.s.

confiance est largement pratiquée ici. Pour autant, l'influence n'en sera pas nulle.

En ce qui concerne l'analyse des répercussions de l'arrêt Fertray sur l'appréhension de la mésentente, deux hypothèses sont à examiner. Il convient de distinguer les situations qui expriment un antagonisme entre employeur et salarié, des situations qui traduisent une mésintelligence entre salariés.

Lorsque la mésentente survient entre employeur et salarié, ce qui est souvent invoqué, c'est la détérioration du climat relationnel au sein de l'entreprise. Cette constatation peut se fonder sur des propos injurieux tenus par le salarié, des paroles de dénigrement, des critiques de tous ordres, qui dépassent le cercle restreint employeur-salarié. La faute pourra au travers de ces divers comportements être mise à jour (46). Dans d'autres cas, plus rares, la dégradation de l'ambiance de travail ne présente pas d'éléments aussi certains auxquels se raccrocher, et l'employeur se fait juge d'un idéal relationnel. La Cour de cassation a, de la sorte, donné satisfaction à un entrepreneur à l'encontre d'un salarié, qui avait critiqué la gestion de la nouvelle direction, bien que cette divergence de vue fut restée ignorée du personnel, de la clientèle, et surtout qu'elle n'eût pas eu de répercussion sur le travail du salarié (47). La crédibilité apparente du motif, qui justifiait la position précédente, risque de devoir s'estomper au profit d'éléments plus palpables.

L'ajustement de la jurisprudence que nous mentionnons ne s'opérera qu'à la marge. Le risque de perturbation pourrait être plus important dans le cadre de la mésintelligence entre salariés, si l'exigence d'objectivité qui doit procéder à l'établissement de la cause réelle et sérieuse amenait par diffusion à reconsidérer la jurisprudence qui, dans ces situations, laisse à l'employeur un choix discrétionnaire quant la personne à licencier. Une construction menacée, que cette jurisprudence ? Par ricochet, peut-être (48).

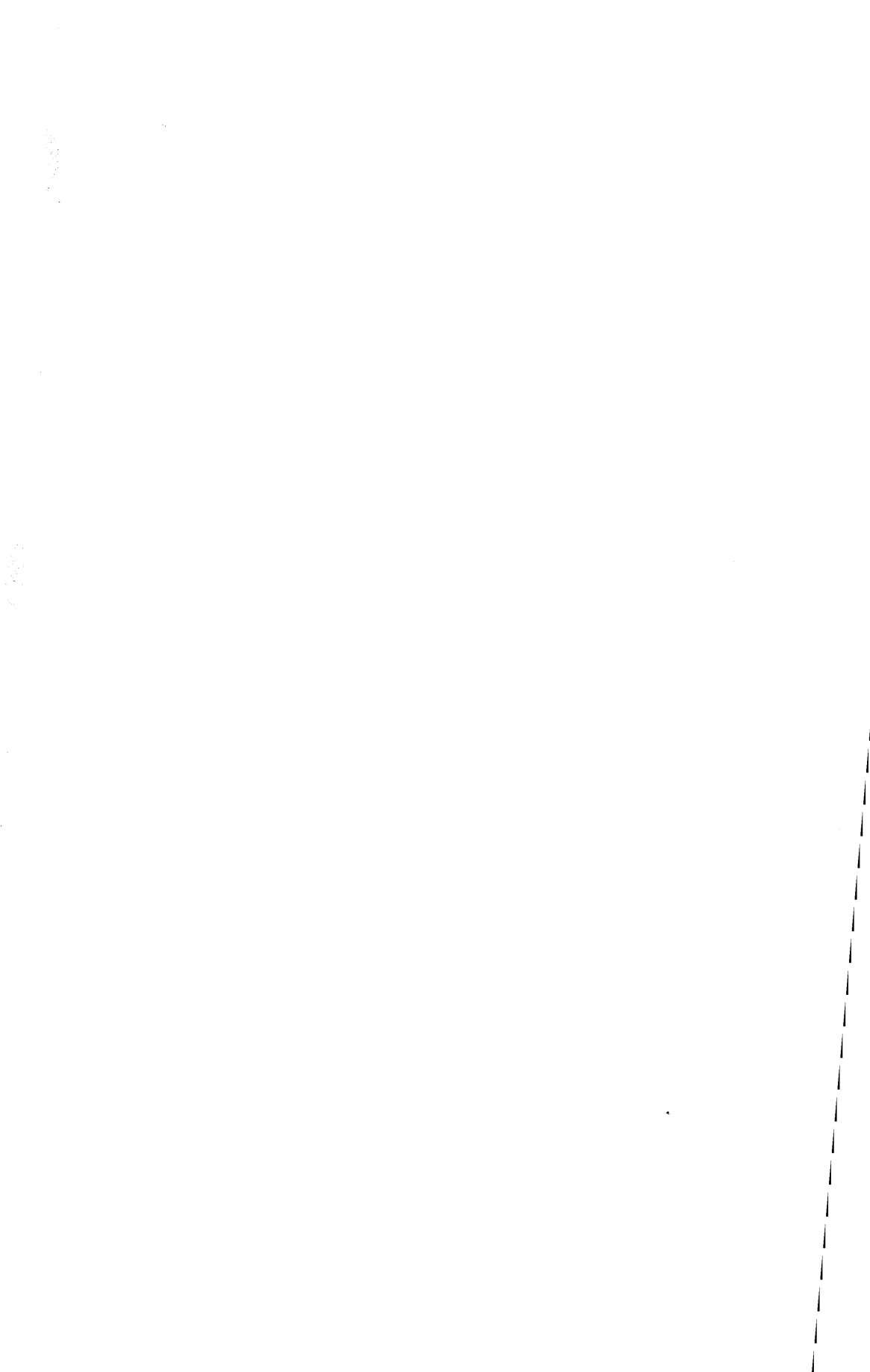
En ce qui concerne l'inaptitude professionnelle, nous ne pouvons envisager qu'une répercussion réduite de l'arrêt Fertray. Les juges s'attachent depuis longtemps à ce que l'employeur déduise de faits précis son appréciation des capacités professionnelles du salarié (49). La jurisprudence qui a reconnu l'inaptitude professionnelle d'un mannequin au motif des conceptions esthétiques de l'employeur, bien qu'en contradiction manifeste avec la nouvelle ligne jurisprudentielle ne devrait pas à notre avis disparaître. À la différence des situations qui ont assis la nouvelle solution, il s'agit d'une hypothèse où l'intuitus personæ est le fondement du contrat de travail, comme tel il est naturel qu'il développe ses effets au temps de la rupture du contrat.

(46) V. sur la mésentente : La rupture du contrat de travail, op. cit., p. 220.

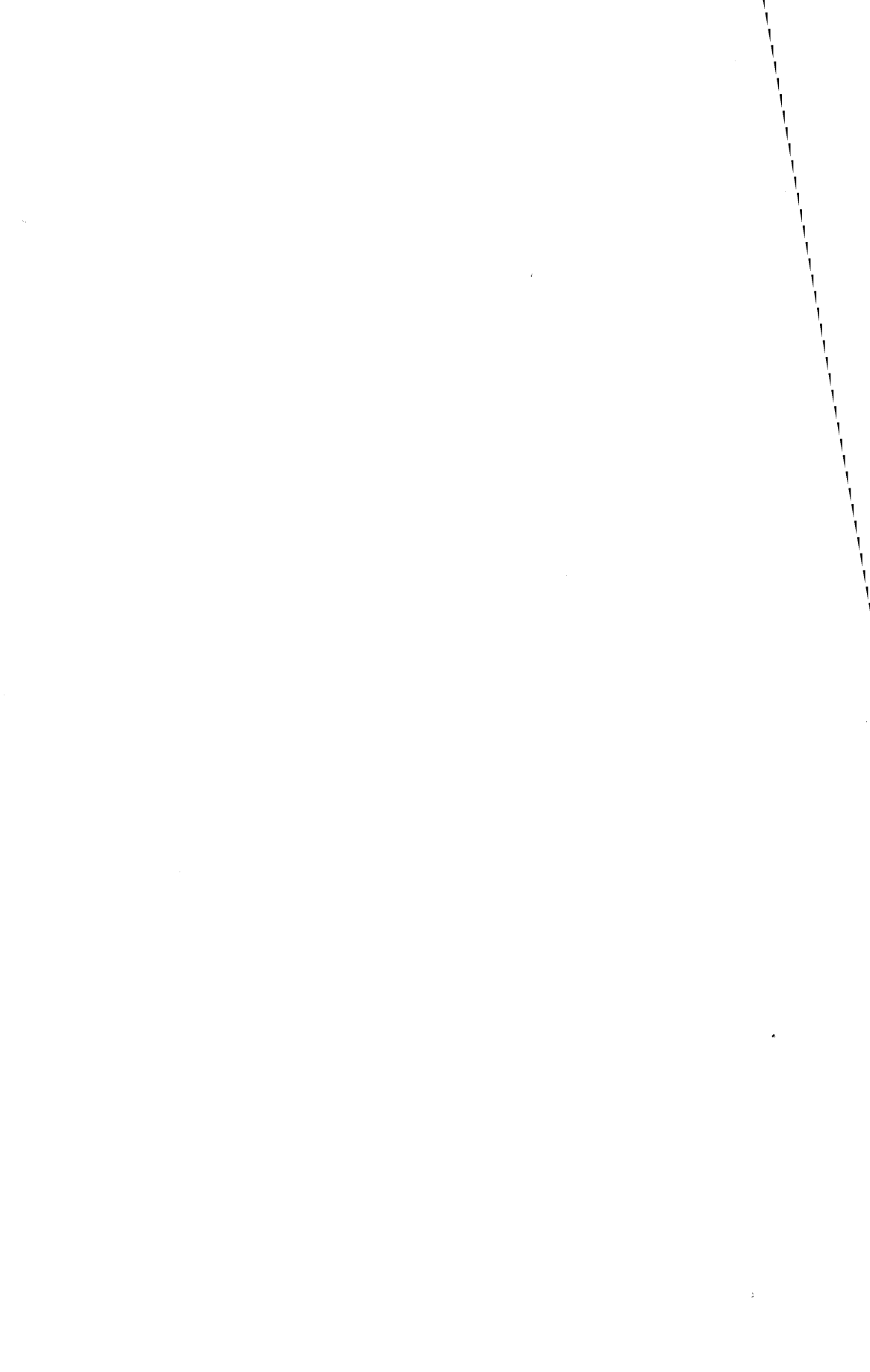
(47) V. La rupture du contrat de travail, op. cit., p. 220, n° 6770.

(48) V. Rongere (P), A la recherche de la discrimination introuvable : l'extension de l'exigence d'égalité entre salariés, D. Soc. 1990, p. 99. Sur le terrain du droit disciplinaire, la Cour de cassation vient récemment de maintenir cette jurisprudence avec les arrêts du 15 mai 1991 Lerch et a. c/ SA Services rapides Ducros et Schlienger c/ SA E. Dufois, D. Soc. 1991, p. 619.

(49) V. Lamy Social 1991 n° 1958.



b) Conseil d'État



**À PROPOS DE L'OBLIGATION
D'EXPRESSION DIRECTE SUR LES
CHAÎNES PUBLIQUES**

NOTE

Sous CONSEIL D'ÉTAT

19 JANVIER 1990

U.N.A.P.E.L. C/ C.N.C.L.

Par

Alain BOYER

*ATER à l'Institut International du Droit de l'Audiovisuel
Université Aix-Marseille III*

Le 17 janvier 1990, le Conseil d'État sanctionne pour la première fois la mise en œuvre réalisée par l'organe de régulation de l'audiovisuel de l'article 55 alinéa 2 de la loi du 30 septembre 1986 (1) relatif à l'accès à l'antenne des groupements politiques et des organisations syndicales et professionnelles. Ce texte prévoit que les sociétés nationales de programme accordent un temps d'émission "aux formations politiques représentées par un groupe dans l'une ou l'autre des assemblées parlementaires ainsi qu'aux organisations syndicales et professionnelles représentatives à l'échelle nationale, selon des modalités définies par la commission nationale de la communication et des libertés".

Cette règle, maintenue en vigueur après la réforme de 1989 (2), trouve son fondement dans le principe constitutionnel d'égalité qui régit le fonctionnement du service public et son corollaire la neutralité du service. Il peut paraître choquant, à première vue, que l'accès à l'antenne des groupements politiques et des syndicats professionnels soit prévue par un seul et même article. En effet, on considère traditionnellement que ces organisations s'opposent quant à la nature de leurs activités, les unes embrassant l'ensemble des activités sociales de la cité, les autres se cantonnant aux intérêts catégoriels des salariés et des patrons (3). Une telle conception ne prends pas en compte un élément fondamental de rapprochement des partis politiques et des syndicats professionnels. Partis politiques et syndicats professionnels sont les seules associations dont l'existence est constitutionnellement protégée (4). A leur côté, le droit positif prévoit également l'accès à l'antenne des groupements religieux sur le fondement de l'article 56 de la loi sur la liberté de la communication audiovisuelle (5).

Le droit positif consacre ainsi l'existence d'un droit d'accès à l'antenne au profit des organisations politiques, syndicales et religieuses représentatives. La reconnaissance d'un tel droit au profit de certaines organisations sociales n'est pas une spécificité de la République française. Le droit comparé nous enseigne que l'existence de ce droit est conditionnée par le

(1) Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JORF 1er octobre 1986, p. 11755.

(2) Loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JORF du 18 janvier 1989, p. 754.

(3) Sur le problème de la prohibition des grèves politiques dans le secteur public, v. CE 12 octobre 1956, Dlle Coquant rec p. 362 ; CE 1er février 1963, Audibert, rec. p. 66, AJDA 1963 p. 427.

(4) L'existence des partis politiques est protégée par l'article 4 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui dispose que : "Les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie" ; l'existence des organisations syndicales est, quant à elle, protégée par l'alinéa 5 du préambule de la constitution du 27 octobre 1946 qui dispose : "Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix".

(5) L'article 56 de la loi sur la liberté de communication audiovisuelle dispose que : "La société visée au troisième alinéa (2°) (il s'agit d'Antenne 2) de l'article 44 programme le dimanche matin des émissions à caractère religieux consacrées aux principaux cultes pratiqués en France. Ces émissions sont réalisées sous la responsabilité des représentants de ces cultes et se présentent sous la forme de cérémonies culturelles ou de commentaires religieux. Les frais de réalisation sont pris en charge par la société dans la limite d'un plafond fixé par les dispositions annuelles du cahier des charges".

caractère démocratique de l'État en cause. Dès lors, la plupart des démocraties pluralistes connaissent un tel droit mais la mise en œuvre pratique de celui-ci emprunte des voies particulières et propres à chacune des sociétés dans lesquelles il est appelé à s'exercer (6). Les solutions adoptées en la matière par la République française ont été amendées au gré des modifications qu'a connues le régime de la radio-télévision (7).

L'émergence d'un droit d'accès à l'antenne de certains groupements est liée à l'application d'un régime de service public dans le cadre de la R.T.F puis de l'O.R.T.F (8). En application du principe d'égalité des usagers, la radio-télévision nationale devait observer une stricte neutralité en matière d'accès à l'antenne des partis politiques. Toutefois, nous devons remarquer que l'exigence de neutralité ne conduisait pas à l'affirmation positive d'un droit d'accès à l'antenne de certains groupements. Le droit d'accès à l'antenne va progressivement être dégagé à partir du décret n° 64-231 du 14 mars 1964 (9) qui constitue la première réglementation permanente du droit d'accès à l'antenne à l'occasion d'une campagne électorale, celle visant l'élection du Président de la République. Le droit d'accès à l'antenne va alors être développé selon deux axes, le premier concernant l'accès à l'antenne en période électorale (10), le second relatif à un droit d'accès général à l'antenne reconnu à certains groupements.

La décision n° 87-9 du 23 janvier 1987 (11) définissant les modalités de programmation des émissions d'expression directe des formations politiques représentées par un groupe dans l'une ou l'autre des assemblées du Parlement et des organisations syndicales et professionnelles représentatives à l'échelle nationale illustre la mise en œuvre réalisée par l'organe de régulation de l'audiovisuel, du droit d'accès général reconnu à certains groupements dans le cadre du régime de 1986. Le 9 avril 1987 -c'est-à-dire pratiquement au terme du délai du recours pour excès de pouvoir, la décision ayant été publiée au Journal Officiel le 10 février 1987-, l'Union Nationale des Associations des Professions Libérales défère cet acte au Conseil d'État. Le requérant conteste la légalité de la décision de la commission nationale de la communication et des libertés en ce qu'elle ne lui reconnaît pas la qualité d'organisation représentative lui permettant de bénéficier du droit d'accès à l'antenne tel qu'il est défini par l'article 55 de la loi sur la liberté de la communication audiovisuelle (12). Le Conseil d'État fait droit à la demande du requérant et annule la décision n° 87-9 du 23 janvier 1987 en rappelant que la représentativité du groupement est un critère nécessaire dans la mesure ou

(6) v. Ch. Debbasch, "Droit de l'audiovisuel", précis Dalloz 2eme éd., Dalloz 1991 p. 532.

(7) *ibid* p. 98.

(8) *ibid* p. 103.

(9) v. Décret n° 64-231 du 14 mars 1964, JORF 17 mars 1964, p. 2491.

(10) v. Ch. Debbasch, "Le principe d'égalité dans les médias audiovisuels et la campagne présidentielle" in "Campagnes électorales, principe d'égalité et transparence financière, l'encadrement juridique de la vie politique" *Économica* 1989, p. 73 ; A. de Raulin, "Bilan de la campagne présidentielle et législative dans l'audiovisuel", *Les Petites Affiches*, 25 janvier 1989, n° 11 p. 15.

(11) v. Décision 87-9 du 23 janvier 1987 définissant les modalités de programmation des émissions d'expression directe des formations politiques représentées par un groupe dans l'une ou l'autre des assemblées du Parlement et des organisations syndicales et professionnelles représentatives à l'échelle nationale, JORF 10 février 1987, p. 1527.

(12) v. *supra*.

il est prévu par la loi mais il est insuffisant pour déterminer les bénéficiaires du droit d'accès à l'antenne.

I - La représentativité du groupement : un critère nécessaire.

Le droit d'accès à l'antenne réponds à un but particulier. Dès lors , le bénéfice d'un tel droit ne peut être que limité à certaines organisations dont la détermination est délicate à opérer.

Le droit d'accès à l'antenne a pour objet l'attribution à un bénéficiaire d'un créneau horaire afin qu'il puisse donner son avis sur différents sujets intéressant la société. L'objet même du droit d'accès à l'antenne entraîne la nécessité de limiter les bénéficiaires potentiels. En effet, ce droit ne peut pas concerner l'ensemble des individus et des groupements. Seul un intérêt public qualifié peut justifier l'attribution d'un tel droit. Le législateur a donc décidé de conférer ce droit aux partis politiques, aux organisations professionnelles et religieuses. Toutefois, ce droit ne concernera pas l'ensemble de ces groupements. Seuls, certains d'entre-eux, à condition d'être représentatif, pourront en bénéficier.

La représentativité d'un groupement est fondée sur l'impact de celui-ci sur la vie sociale. La mesure de cet impact est réalisée au moyen de critères variables en fonction du domaine considéré.

En matière politique, le critère est objectif : ont un droit d'accès à l'antenne les partis politiques représentés par un groupe au parlement. Dès lors, les formations politiques ne se trouvant pas dans cette situation sont exclues du bénéfice du droit d'accès à l'antenne. Un tel critère est d'utilisation simple. L'organe de régulation de l'audiovisuel, lors de la fixation de la liste des partis politiques bénéficiant du droit d'accès à l'antenne, procède à une simple constatation. Le pouvoir discrétionnaire de l'autorité est réduit à néant. La simplicité d'un tel système ne signifie pas l'absence de défauts. En effet, il ne suffit pas que le parti politique ait des élus, encore faut-il, que ces derniers soient en nombre suffisant. Après le dernier renouvellement de l'Assemblée Nationale, il a fallu modifier le règlement de cette assemblée afin que le Parti Communiste Français puisse bénéficier d'un groupe et par là-même bénéficier du droit d'accès à l'antenne. Dès lors, l'autorité régulatrice se trouvant en situation de compétence liée, nous pouvons affirmer que la détermination des partis politiques pouvant bénéficier du droit d'accès à l'antenne appartient en dernière analyse au Parlement agissant sous le contrôle obligatoire du Conseil constitutionnel (13).

En matière religieuse, la situation est plus délicate. L'organe de régulation est confronté à un double problème. Il convient de définir ce qu'est un culte et ce que l'on doit entendre par l'expression "principaux cultes pratiqués en France". Quant à la notion de culte en matière de droit-d'accès à l'antenne, le Conseil d'État a déjà eu l'occasion de se pencher sur cette question au début des années 80. L'Union des Athées contestait, devant le

(13) L'article 61 alinéa 1er de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que : "Les lois organiques, avant leur promulgation, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil Constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution".

juge administratif, sur le fondement du principe d'égalité, la légalité du refus opposé par le ministre de la culture et de la communication à sa demande de bénéficier d'un temps d'antenne comparable à celui attribué aux principaux cultes pratiqués en France. Le Conseil d'État rejeta cet argument en considérant que le principe d'égalité "dont le respect doit être apprécié compte tenu de l'ensemble des émissions diffusées par les sociétés nationales de programmes, ne fait pas obstacle à ce que des émissions particulières soient consacrées à l'expression de certaines formes de pensée ou de croyance" (14). Implicitement, le Conseil d'État estima que l'Union des Athées n'organisait pas la pratique d'un culte. Cette solution sera définitivement consacrée quelques années plus tard (15). Une telle position de la haute juridiction administrative est difficilement critiquable. En effet, l'Union des Athées n'a pas pour objet la diffusion d'un culte mais la critique de ce type de pratique. Malgré tout, cette affaire est fort intéressante car elle met en évidence un problème délicat et susceptible de connaître un certain développement en cette fin de vingtième siècle où le renouveau spirituel conduit au développement de nouvelles formes d'expression du sentiment religieux (16). Toutefois, nous devons remarquer qu'il ne suffit pas qu'une pratique soit qualifiée de culte (17) pour qu'un droit d'accès à l'antenne soit reconnu. Encore faut-il que ce culte connaisse une certaine audience dans la société française. En effet, la loi prévoit que le droit d'accès à l'antenne ne concerne que les "principaux cultes pratiqués en France", leur détermination ne relevant pas de l'organe de régulation de l'audiovisuel mais directement de la chaîne publique chargée de la diffusion de ces émissions c'est-à-dire Antenne 2.

En matière syndicale, nous retrouvons une notion familière des juristes : le droit d'accès à l'antenne est reconnu au profit des syndicats représentatifs (18) à l'échelle nationale. Historiquement la notion de syndicat représentatif apparaît lors de la création de l'Organisation Internationale du Travail par le traité de Versailles qui met fin au premier conflit mondial. Les critères utilisés pour déterminer le caractère représentatif d'un syndicat sont nombreux et divers. La loi du 11 février 1950, à propos de l'extension des conventions collectives codifiée dans l'article L133-2 du code du travail, énumère les critères de représentativité des syndicats. Ces critères sont les suivants : les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'ancienneté et l'expérience, l'attitude patriotique pendant l'occupation. En application de ces critères, l'organe de régulation de l'audiovisuel a dressé la liste des organisations professionnelles bénéficiant du droit d'accès à l'antenne. Le juge administratif, par l'application d'un contrôle maximum, relève que l'autorité administrative chargée de répartir le temps d'antenne a désigné pour chaque secteur économique une organisation représentative à l'exception des

(14) v. CE 1er octobre 1980, Unions des Athées, rec. p. 347.

(15) v. CE 17 juin 1988, Unions des Athées, AJDA 1988, p. 612, chron. M. Azibert et M. de Boisdeffre, p. 582.

(16) v. J.-B d'Onorio, "Les sectes en droit public français" JCP 1988.I.3336.

(17) v. CE 14 mai 1982, Association internationale pour la conscience de Krishna, rec p. 179, AJDA 1988, chro M. Azibert et M. de Boisdeffre p. 583 ; CE 21 janvier 1983, Association "Fraternité des serviteurs du monde nouveau", rec. p. 18, AJDA 1988, chron. M. Azibert et M. de Boisdeffre, p. 583 ; CE 1er février 1985 Association chrétienne "les témoins de Jéhovah", rec. p. 22, AJDA 1985, note L. Richer, p. 232, RDP 1985 concl. F. Delon, p. 483.

(18) v. J. Froissard, "Syndicats professionnels", Jurisclasseur Travail fascicule 12-20.

professions libérales alors que d'autres secteurs d'un poids économique équivalent le sont. Dès lors, la décision n° 87-9 est illégale. Pour aboutir à une telle solution, le Conseil d'État aurait pu simplement relever que la liste dressée était composée de syndicats représentatifs mais que cela était insuffisant pour affirmer sa légalité dans la mesure où la représentativité s'apprécie en l'espèce au niveau national et doit tenir compte de l'ensemble des secteurs économiques. Le Conseil d'État ne s'est pas engagé dans cette voie. Le juge administratif utilise une notion dérogée par le Conseil Constitutionnel afin de compléter la notion de représentativité employée par le législateur et de renforcer l'intensité du contrôle qu'il effectue sur la désignation des organisations représentatives bénéficiant du droit d'accès à l'antenne.

II - La représentativité du groupement : un critère insuffisant.

Le Conseil d'État considère que la représentativité est un critère insuffisant pour déterminer les organisations bénéficiant du droit d'accès à l'antenne. Il doit être complété par l'objectif à valeur constitutionnelle que constitue le pluralisme des courants d'opinion.

Le pluralisme des courants d'opinion trouve son fondement dans la jurisprudence constitutionnelle (19). Le Conseil Constitutionnel considère qu'il s'agit d'un objectif à valeur constitutionnelle. Dès lors, seule une interprétation téléologique (20) de la loi sur la liberté de la communication audiovisuelle par les organes chargés de sa mise en œuvre est compatible avec la jurisprudence constitutionnelle.

Le Conseil d'État applique cette technique sans hésitation dans les différents domaines du droit de la communication audiovisuelle. Le 9 mai 1990, à l'occasion du contrôle de la légalité d'une autorisation délivrée par l'organe de régulation à une chaîne privée, la haute juridiction administrative utilise ce moyen (21).

Toutefois, nous devons remarquer que l'efficacité de ce moyen de contrôle (à condition d'admettre que l'efficacité d'un moyen de contrôle se juge au nombre d'annulations prononcées) est en l'état actuel de la jurisprudence faible voire inexistant. Malgré tout, l'utilisation du respect du pluralisme des courants d'opinion dans le contentieux de la communication audiovisuelle présente un intérêt théorique (22). Elle traduit la volonté du

(19) v. Conseil Constitutionnel 86-217 DC du 18 septembre 1986, JORF 19 septembre 1986, p. 11294, saisine JORF 19 septembre 1986, p. 11302 ; L. Philip, RDP 1987, p. 212 ; P. Waschsman, AJDA 1987, p. 111 ; R. Etien Ra, 1986, p. 458 et 564 ; Ch. Debbasch, "Les grands arrêts du droit de l'audiovisuel", coll. droit public, Sirey 1991, p. 245.

(20) v. Ch. Debbasch, "Le principe constitutionnel de la liberté de communication audiovisuelle" in "La commission nationale de la communication et des libertés", coll. Science et Droit Administratif, Economica-PUAM 1988, p. 11.

(21) v. A. Boyer, "Un exemple de contrôle d'autorisation délivrée par l'organe de régulation à une chaîne privée", note sous Conseil d'État 9 mai 1990, Roujansky et Association "La télé est à nous" c/ C.N.C.L., R.R.J. 1991-2, p. 453.

(22) v. L. Favoreu, "Dualité ou unité d'ordre juridique : Conseil Constitutionnel et Conseil d'État participent-ils de deux ordres juridiques différents ?" in "Actes du colloque Conseil Constitutionnel et Conseil d'État", LGDJ-Montchrestien 1988, p. 145.

Conseil d'État de se conformer et d'appliquer la jurisprudence constitutionnelle dans une matière ou l'œuvre d'interprétation moderniste de la charte fondamentale par le Conseil Constitutionnel est considérable (23). L'absence d'annulation prononcée par le juge administratif sur le fondement du pluralisme des courants d'opinion ne signifie pas que celui-ci ne soit pour le Conseil d'État qu'une clause de style, une référence obligée. Le juge administratif emploie cette notion de façon fort pragmatique : il vérifie si l'acte contrôlé permet d'atteindre cet objectif, il ne vérifie pas la conformité de l'acte au pluralisme des courants d'opinion. Dès lors, le pluralisme des courants d'opinion concerne directement le contenu même des programmes (24) et de façon indirecte les personnes physiques ou morales chargées de la gestion des chaînes de télévision.

Appliqué en matière de droit d'accès général à l'antenne des groupements politiques, professionnel ou religieux, le critère du respect du pluralisme des courants d'opinion présente un effet dynamique. Son utilisation atténue le caractère automatique de la détermination par l'exigence de représentativité et offre une certaine marge d'appréciation conditionnée, malgré tout, par la matière dans laquelle le critère est appelé à servir.

En matière politique, et dans la mesure où, comme nous l'avons vu précédemment, l'organe de régulation est dans une situation de compétence liée, la notion de pluralisme des courants d'opinion ne peut pas être utilisée pour assouplir le caractère automatique de la désignation effectuée sur le fondement du critère de représentativité. Une telle solution s'explique aisément. En effet, la représentativité d'un parti politique est conditionnée par son audience dans la société dont la mesure est assurée par le biais des élections. Cette technique de mesure peut être qualifiée d'objective. Elle entraîne une présomption irréfragable au terme de laquelle l'accès à l'antenne des partis politiques possédant un groupe dans l'une des deux chambres du Parlement garantit le respect de l'objectif constitutionnel du pluralisme des courants d'opinion. De façon plus générale, une telle conception se rattache à la théorie de la souveraineté nationale qui fait du Parlement le lieu essentiel du débat politique national.

En matière religieuse, la notion de pluralisme des courants d'opinion est promise, à notre avis, à un bel avenir. Le droit d'accès à l'antenne étant accordé aux "principaux cultes pratiqués en France", le contrôle que le juge effectuera sur la décision d'accorder ou de refuser le droit d'accès à l'antenne se fera au regard de l'objectif constitutionnel que constitue le respect du pluralisme des courants d'opinion.

En matière professionnelle, le recours à la notion de pluralisme des courants d'opinion ne doit avoir qu'une incidence mineure permettant de corriger certaines erreurs grossières dans la mesure où la notion d'organisations syndicales et professionnelles représentatives est plus précise que celle utilisée en matière de culte sans toutefois atteindre le caractère de présomption irréfragable comme en matière politique.

(23) v. Ch. Debbasch, "Le principe constitutionnel de la liberté de la communication audiovisuelle" préc. ; A. Roux, *La liberté de communication dans la jurisprudence constitutionnelle française*, A.I.J.C 1987 ; F. Luchaire, "La protection constitutionnelle des droits et des libertés", *Économica* 1987, p. 123 et s.

(24) v. A. Boyer, "La nomination des présidents des sociétés nationales de programme et le juge administratif", note sous Conseil d'État 19 janvier 1990, *Association, "La télé est à nous"*/C.N.C.L. Cette revue p. 889.

ANNEXE

CONSEIL D'ÉTAT,
19 janvier 1990
U.N.A.P.E.L. c/ C.N.C.L.

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. Plagnol, Auditeur,
- les observations de la S.C.P. Le Prado, avocat de l'Union Nationale des Associations des professions libérales (U.N.A.P.L.),
- les conclusions de M. Stim, Commissaire du gouvernement ;

Considérant qu'aux termes de l'article 55 de la loi du 30 septembre 1986 susvisée : "un temps d'émission est accordé ... aux organisations syndicales et professionnelles représentatives à l'échelle nationale selon des modalités définies par la commission nationale de la communication et des libertés" ;

Considérant qu'il appartenait en vertu de ces dispositions législatives à la commission nationale de la communication et des libertés de déterminer, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, et compte tenu d'une part de la représentativité des diverses organisations syndicales et professionnelles, d'autre part de l'exigence d'une juste représentation à l'antenne des différents secteurs d'activités professionnels eu égard à leur importance et de l'expression pluraliste des courants d'opinion, quelles seraient les organisations représentatives à l'échelle nationale auxquelles un temps d'émission serait accordé et de fixer le temps d'antenne attribué à chacune d'elles ;

Considérant que par la décision attaquée, la commission nationale de la communication et des libertés a réparti le temps d'antenne qu'il lui appartenait d'accorder entre onze organisations syndicales ou professionnelles ; que les organisations bénéficiaires sont représentatives à l'échelle nationale des salariés, des entreprises et des différentes activités économiques ; que toutefois, aucune représentation des professions libérales n'est prévue alors que d'autres secteurs d'activités professionnels, d'importance économique et social comparables, bénéficient d'un accès à l'antenne ; que, dans ces conditions en excluant l'Union Nationale des Associations des professions libérales (U.N.A.P.L.), qui est une organisation représentative à l'échelle nationale, de la liste des organisations bénéficiaires, la commission nationale de la communication et des libertés a méconnu les exigences d'équilibre entre les différents secteurs économiques et professionnels auxquels un temps d'antenne est accordé et a par suite excédé ses pouvoirs ; que l'Union Nationale des Associations des professions libérales (U.N.A.P.L.) est donc fondée à demander l'annulation de la décision du 23 janvier 1987 ;

Article 1er : La décision de la commission nationale de la communication et des libertés du 23 janvier 1987 est annulée.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à l'Union Nationale des Associations des professions libérales (U.N.A.P.L.), au conseil supérieur de l'audiovisuel et au ministre de la culture, de la communication, des grands travaux et du Bicentenaire.

**LA NOMINATION DES PRÉSIDENTS
DES SOCIÉTÉS NATIONALES
DE PROGRAMME
ET LE JUGE ADMINISTRATIF**

NOTE

Sous CONSEIL D'ÉTAT

19 JANVIER 1990

**ASSOCIATION "LA TÉLÉ EST À NOUS" C/ C.N.C.L.
(Rec. p. 9)**

Par

Alain BOYER

*ATER à l'Institut International du Droit de l'Audiovisuel
Université Aix-Marseille III*

Le Conseil d'État consacre, le 19 janvier 1990, l'application du contrôle minimum (1) à l'égard des décisions de l'organe de régulation de l'audiovisuel relatives à la nomination des présidents des sociétés nationales de programme de radio et de télévision. Cette solution de la haute juridiction administrative, empreinte de sagesse, traduit son désir de ne pas s'engager sur le terrain glissant du contrôle des qualités des personnes désignées pour assurer la présidence des sociétés nationales.

La matière, dont l'enjeu politique apparaît évident, est dominée par deux tendances contradictoires :

- la première, fondée sur la nature des sociétés -il s'agit de société nationale-, veut que le pouvoir exécutif conserve un certain pouvoir notamment dans la désignation des organes de direction,
- la seconde, fondée sur la mission particulière de ce type de société -garantir le pluralisme démocratique et l'identité culturelle française (2)-, postule que le cordon ombilical entre le pouvoir politique et les organes de direction des dites sociétés soit coupé.

La conciliation de ces deux impératifs contradictoires est difficile à opérer. Le droit positif consacre une solution hybride au terme de laquelle le conseil d'administration des différentes sociétés nationales de programme est composé de membres désignés par le Parlement, le Gouvernement, le personnel et l'organe de régulation de l'audiovisuel ce dernier choisissant parmi les membres qu'il a nommés le président de chacune des sociétés à l'exception de Radio-France Internationale pour laquelle l'organe de régulation doit désigner l'un des représentants de l'État au sein du conseil d'administration.

Le 3 décembre 1986, la commission nationale de la communication et des libertés nomme les présidents des sociétés nationales de programme en application de l'article 47 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 (3).

(1) v. Ch. Debbasch, J.-C. Ricci, "Contentieux administratif", Précis Dalloz 5ème éd., Dalloz 1990, p. 828.

(2) v. A. Madella, A. Boyer, "La réglementation des programmes" in "La commission nationale de la communication et des libertés", coll. Droit et Science Administratif, Economica-P.U.A.M. 1988, p. 99.

(3) L'article 47 de la loi 86-1067 du 30 septembre 1986 dispose que : "l'État détient la totalité du capital des sociétés mentionnées à l'article 44. Leurs statuts sont approuvés par décret.

Le conseil d'administration de chacune de ces sociétés comprend douze membres, dont le mandat est de trois ans :

1° deux parlementaires désignés respectivement par l'Assemblée nationale et par le Sénat ;

2° quatre représentants de l'État nommés par décret ;

3° quatre personnalités qualifiées nommées par la commission nationale de la communication et des libertés ;

4° deux représentants du personnel élus.

Les présidents des sociétés visées aux 1°, 2°, 3° et 4° de l'article 44 sont nommés par la Commission Nationale de la communication et des libertés parmi les membres qu'elle a désignées. Le président de la société mentionnée au 5° de l'article 44 est nommé par la Commission Nationale de la communication et des libertés parmi les représentants de l'État. Par dérogation à l'article 4, ils sont nommés à la majorité des membres de la commission nationale de la communication et des libertés.

Leur mandat peut leur être retiré dans les mêmes conditions.

Cette disposition a été modifiée afin de tenir compte de l'institution d'une présidence commune pour A2 et FR3. Toutefois, cet amendement (4) ne remet pas en cause l'économie du système de nomination précédemment décrit. Dès lors, on peut considérer que le contrôle effectué par le Conseil d'État à l'égard d'une décision de la commission nationale de la communication et des libertés en matière de nomination des présidents de société nationale de programme est transposable à l'égard des décisions de ce type prises par le conseil supérieur de l'audiovisuel.

L'association "La télé est à nous" conteste, devant le Conseil d'État compétent en premier et dernier ressort, la légalité de la décision du 3 décembre 1986 (5) par laquelle la commission nationale de la communication et des libertés a nommé les présidents des différentes sociétés nationales de programme. Le requérant relève notamment que cet acte de l'organe de régulation de l'audiovisuel ne satisfait pas l'exigence de pluralisme des courants d'opinion. Le Conseil d'État rejette la demande de l'association "La télé est à nous" en consacrant l'application du contrôle minimum à l'égard des décisions de nomination des présidents de société nationale de programme et en précisant que le pluralisme des courants d'opinion ne peut servir de moyen de contrôle à l'égard de ce type d'acte.

En cas de partage égal des voix au sein d'un conseil d'administration, celle du président est prépondérante".

(4) L'article 47 de la loi 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée dispose que : "L'État détient la totalité du capital des sociétés mentionnées à l'article 44. Leurs statuts sont approuvés par décret.

Le conseil d'administration de chacune de ces sociétés comprend douze membres, dont le mandat est de trois ans :

- 1° deux parlementaires désignés respectivement par l'Assemblée Nationale et le Sénat ;
- 2° quatre représentants de l'État nommés par décret ;
- 3° quatre personnalités qualifiées nommées par le conseil supérieur de l'audiovisuel ;
- 4° deux représentants du personnels élus.

Les sociétés mentionnées au 2° et 3° de l'article 44 ont un président commun. Le conseil supérieur de l'audiovisuel nomme, au titre des personnalités qualifiées mentionnées au 3° ci-dessus, un administrateur commun à ces deux sociétés pour remplir les fonctions de président.

Les présidents des sociétés mentionnées aux 1° et 4° de l'article 44 sont nommés par le conseil supérieur de l'audiovisuel, parmi les personnalités qu'il a désignées.

Le président de la société mentionnée au 5° de l'article 44 est nommé par le conseil supérieur de l'audiovisuel parmi les représentants de l'État.

Par dérogation aux dispositions de l'article 4, les présidents des sociétés mentionnées aux 1° à 5° de l'article 44 sont nommés à la majorité des membres du conseil supérieur de l'audiovisuel.

Leur mandat peut leur être retiré dans les mêmes conditions.

En cas de partage égal des voix au sein d'un conseil administration, celle du président est prépondérante".

(5) v. Décision 86-2 du 3 septembre 1986, JORF, p. 14573.

I - L'application du contrôle minimum sur la nomination des présidents des sociétés nationales de programme.

Le recours pour excès de pouvoir a pour objet la vérification de la légalité d'un acte administratif (6). Ainsi dirigé contre une décision, il apparaît très exactement, selon l'expression de Laferrière, comme un "un procès fait à un acte" Dans ce cadre, les pouvoirs du juge administratif sont relativement réduits. Il ne peut qu'annuler l'acte ou rejeter la requête.

Pour ce faire, le juge vérifie les moyens soulevés par le requérant. Ces moyens peuvent être l'incompétence, le vice de forme, le détournement de pouvoir ou la violation de la loi qui recouvre l'erreur de droit, l'erreur de fait, l'exactitude matérielle des faits, l'erreur manifeste d'appréciation et enfin la qualification juridique des faits. Ces différents moyens peuvent être regroupés en fonction de l'intensité du contrôle que le juge effectuera dans les différents domaines ou il est appelé à statuer. A ce titre, relèvent du contrôle réduit l'incompétence, le vice de forme, le détournement de pouvoir, la violation de la loi entendu comme le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, le contrôle normal regroupant l'ensemble des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir y compris la qualification juridique des faits.

Le juge administratif, dans le cadre d'une politique jurisprudentielle visant à défendre au mieux les intérêts des administrés, emploie, dans la majorité des domaines dans lesquels il est appelé à statuer, le contrôle normal. Les hypothèses d'utilisation du contrôle réduit tendent à diminuer (7). Toutefois, nous devons noter que dans certains cas, on assiste à une aggravation du contrôle réduit, il s'agit des hypothèses, où le juge administratif refuse de contrôler l'erreur manifeste d'appréciation. On peut alors parler de contrôle minimum (8). Ainsi le Conseil d'État refuse de contrôler l'appréciation portée par l'autorité administrative sur les mérites d'un postulant à la légion d'honneur (9). De même, le juge administratif refuse d'examiner l'appréciation portée par le Président de la République dans le cadre d'une mesure individuelle d'amnistie (10). Ou encore, le Conseil d'État ne contrôle pas le choix réalisé par l'administration entre deux organisations professionnelles répondant aux critères de la représentativité pour la désignation des représentants des salariés au Conseil Économique et Social (11).

(6) R. Chapus considère que : "Le recours pour excès de pouvoir est d'autre part ce que j'appellerai un recours d'utilité publique : parce que le droit objectif, ou si on préfère la légalité, est le bien de tous. Il est d'intérêt général que la légalité soit respectée. Alors même que le requérant (lorsqu'il ne connaît pas le droit du contentieux administratif) croit agir, égoïstement, dans son seul intérêt, il se comporte en réalité comme un défenseur de la légalité ou "un procureur du droit". Il s'acquitte d'un office public : il met en œuvre un moyen de contrôle de l'administration. Et si le juge annule la décision attaquée, c'est moins pour réparer le tort fait au requérant que pour assurer le rétablissement de la légalité méconnue" in "Droit administratif général", Coll. Domat - droit public, t. 1 4ème éd. Montchrestien 1988, p. 503.

(7) v. Conseil d'État, Sect. 29 septembre 1989, Saia Rec.178 ; A.J.D.A. 1989, p. 805, E. Honorat, E. Baptiste, chro. p. 756 spéc p. 773.

(8) v. Ch. Debbasch, J.-C. Ricci, "Contentieux administratif", Précis Dalloz 5ème éd., Dalloz 1990, p. 828.

(9) v. Conseil d'État, 10 décembre 1986, Loredon, rec. p. 675.

(10) v. Conseil d'État 31 janvier 1986 Legrand rec. p. 23.

(11) v. Conseil d'État 11 avril 1986, Fédération générale agro-alimentaire, C.F.D.T., rec. p. 92.

Le 19 janvier 1990, le Conseil d'État applique le contrôle minimum à une décision de l'organe de régulation de l'audiovisuel portant nomination des présidents des sociétés nationales de programme. Le requérant contestait la procédure suivie et l'appréciation portée par l'autorité administrative sur les mérites des personnes désignées au regard du pluralisme des courants d'opinion.

Le juge administratif vérifie le respect de la procédure de nomination prévue par la loi mais refuse de se prononcer sur les mérites des personnes retenues.

Cette position du Conseil d'État est, comme nous l'avons précédemment dit, empreinte de sagesse. Elle évite que la haute juridiction administrative soit entraînée sur un terrain mouvant où elle aurait à apprécier, au regard de l'objectif de pluralisme des courants d'opinion, le mérite de candidats appartenant pour la plupart d'entre-eux à un groupe sociologique où se mêle politique et médias.

Toutefois, une telle solution présente des effets pervers. En rendant insusceptible de discussion contentieuse, l'appréciation portée par l'organe de régulation de l'audiovisuel sur les mérites d'une personnalité nommée à la présidence d'une société nationale de programme, le Conseil d'État laisse la voie libre aux rapports de force. Tel nous semble être le cas de l'affaire Guillaume. Rappelons brièvement les faits. A la suite de l'institution d'une présidence commune à A2 et FR3, le conseil supérieur de l'audiovisuel nomme à la tête du groupe ainsi constitué Philippe Guillaume. Cette décision de l'organe de régulation de l'audiovisuel a été saluée par la presse comme une marque de l'indépendance politique du conseil à l'égard du gouvernement, le président ainsi nommé étant considéré comme proche de l'opposition. En revanche, le Gouvernement ne fut pas satisfait par cette désignation. Ne pouvant pas remettre en cause cette nomination au contentieux, il utilisa une autre méthode pour obtenir satisfaction. Le Gouvernement refusa d'octroyer à Philippe Guillaume les moyens financiers que ce dernier jugeait nécessaire au redressement du secteur public de la télévision le conduisant ainsi à la démission. Le conseil supérieur de l'audiovisuel nomma alors pour le remplacer Hervé Bourges à la satisfaction du Gouvernement qui débloqua les fonds rendus nécessaires pour améliorer la situation du secteur public (12).

Cette affaire met en évidence les limites de l'indépendance de l'organe de régulation lors de la désignation des présidents des sociétés nationales de programme. Il doit tenir compte, à la fois, de la situation de force du Gouvernement qui tient "les cordons de la bourse" mais aussi prendre soin de pas choisir une personnalité trop marquée politiquement sous peine d'être considéré aux ordres. Ce délicat équilibre rend inutile et dangereux le contrôle d'une nomination que pourrait exercer le Conseil d'État sur le fondement de l'objectif constitutionnel du pluralisme des courants d'opinion.

(12) v. J. Cluzel, "Il est également vrai qu'à aucun moment, d'août 1989 à décembre 1990, la tutelle n'a accepté de jouer le jeu du redressement du secteur public. L'objectif a été, dès le début, d'obtenir la démission des dirigeants que l'État ne peut sanctionner directement. Tout a été fait pour les empêcher de mener à bien la politique sur laquelle ils s'étaient engagés et les pousser à la faute. Indiscutablement, cette stratégie fut couronnée de succès", extrait du rapport fait au Sénat sur l'état de l'audiovisuel in *Le Monde*, 20 juin 1991, p. 11.

II - Le caractère inopérant du pluralisme des courants d'opinion à l'égard des nominations aux présidences des sociétés nationales de programme.

Le Conseil d'État affirme, dans son arrêt du 19 janvier 1990, le caractère inopérant du pluralisme des courants d'opinion lors du contrôle d'une décision de l'organe de régulation de l'audiovisuel désignant les présidents des sociétés nationales de programme. Ce faisant, le juge administratif indique le domaine dans lequel l'objectif constitutionnel de pluralisme des courants d'opinion est appelé à jouer un rôle dans le contrôle du respect de la légalité audiovisuelle.

Le Conseil d'État estime que : "considérant, d'autre part, que si, en vertu des articles 1, 3 et 13 de la loi du 30 septembre 1986, la commission nationale de la communication et des libertés doit veiller à l'expression pluraliste des courants d'opinion et d'expression socio-culturelles, notamment dans les programmes des sociétés nationales de programme, et si le pluralisme est, ainsi que l'a énoncé le conseil constitutionnel dans sa décision 86-217 du 18 septembre 1986, "un objectif de valeur constitutionnelle", le respect de ces dispositions législatives et de l'objectif qu'elles entendent garantir doit s'apprécier, en ce qui concerne les sociétés nationales de programme, au vu des programmes diffusés par lesdites sociétés".

Ce considérant est intéressant à un double titre. Au titre du contentieux administratif général, c'est l'une des rares hypothèses où le Conseil d'État fait référence expressément dans les motifs de son arrêt à une décision du Conseil Constitutionnel (13).

Au titre du contentieux de l'audiovisuel, le Conseil d'État indique que le respect de l'objectif constitutionnel de pluralisme des courants d'opinion s'apprécie pour les sociétés nationales à l'égard des programmes diffusés et par là-même à l'égard de la réglementation des programmes qui s'impose à elles (14).

Cette position du Conseil d'État s'inscrit parfaitement dans le prolongement de la jurisprudence constitutionnelle qui considère que la liberté de communication audiovisuelle intéresse au premier chef les auditeurs et les téléspectateurs qui doivent être protégés des effets pervers d'une situation monopolistique par une réglementation des programmes adéquate leur permettant de bénéficier d'une diversité de choix. Une telle conception se fonde sur l'idée de rareté. Le développement technique, en multipliant l'offre de programmes différents, doit progressivement conduire à amender cette conception (15) qui, pour l'heure, constitue le soubassement du "paysage audiovisuel français".

(13) v. L. Favoreu, "Dualité ou unité d'ordre juridique : Conseil Constitutionnel et Conseil d'État participent-ils de deux ordres juridiques différents ?" in "Actes du colloque Conseil Constitutionnel et Conseil d'État", L.G.D.J.-Montchrestien 1988, p. 145.

(14) Le Conseil d'État a une position identique à l'égard du secteur privé, en ce sens v. A. Boyer, "Un exemple de contrôle d'autorisation délivrée par l'organe de régulation à une chaîne privée" note sous Conseil d'État 9 mai 1990 Roujansky et association " la télé est à nous" c/ C.N.C.L. R.R.J. 1991-2 p. 453.

(15) v. Ch. Debbasch, "Le principe constitutionnel de la liberté de la communication audiovisuelle" in "La Commission Nationale de la communication et des libertés", coll. Droit et Science Administratif, Economica-P.U.A.M. 1988, p. 11 spéc p. 19.

ANNEXE

CONSEIL D'ÉTAT,
19 janvier 1990

10e/4e sous-sect. réunies - 84878 -

ASSOCIATION "LA TÉLÉ EST À NOUS"

Melle Pineau, rapp. ; M. Frydman, c. du g. ; Me Capron, av.)

Vu la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ; 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 ;

Sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir opposée par la commission nationale de la communication et des libertés : - CONSIDÉRANT qu'en vertu de l'article 47 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 en vigueur à la date de la décision attaquée, le conseil d'administration de chacune des sociétés nationales de programme mentionnées à l'article 44 de la même loi comprend deux parlementaires désignés respectivement par l'Assemblée nationale et par le Sénat, quatre représentants de l'État nommés par décret, quatre personnalités qualifiées nommées par la commission nationale de la communication et des libertés et deux représentants du personnel élus ; qu'aux termes de ce même article 47 : "Les présidents des sociétés visées au 1°, 2°, 3° et 4° de l'article 44 sont nommés par la commission nationale de la communication et des libertés parmi les personnalités qu'elle a désignées. Le président de la société mentionnée au 5° de l'article 44 est nommé par la commission nationale de la communication et des libertés parmi les représentants de l'État. Par dérogation à l'article 4, ils sont nommés à la majorité des membres de la commission nationale de la communication et des libertés" ;

Cons., d'une part, qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que la décision en date du 3 décembre 1986 par laquelle la commission nationale de la communication et des libertés a notamment nommé MM. Claude Contamine, René Han, Jean-Claude Michaud, Roland Faure et Henri Tezenas du Montcel respectivement présidents des sociétés nationales de programme Antenne 2, France Régions 3, Radio France outre-mer, Radio France et Radio France internationale n'aurait pas été adoptée à la majorité requise par les dispositions précitées de l'article 47 de la loi du 30 septembre 1986 ;

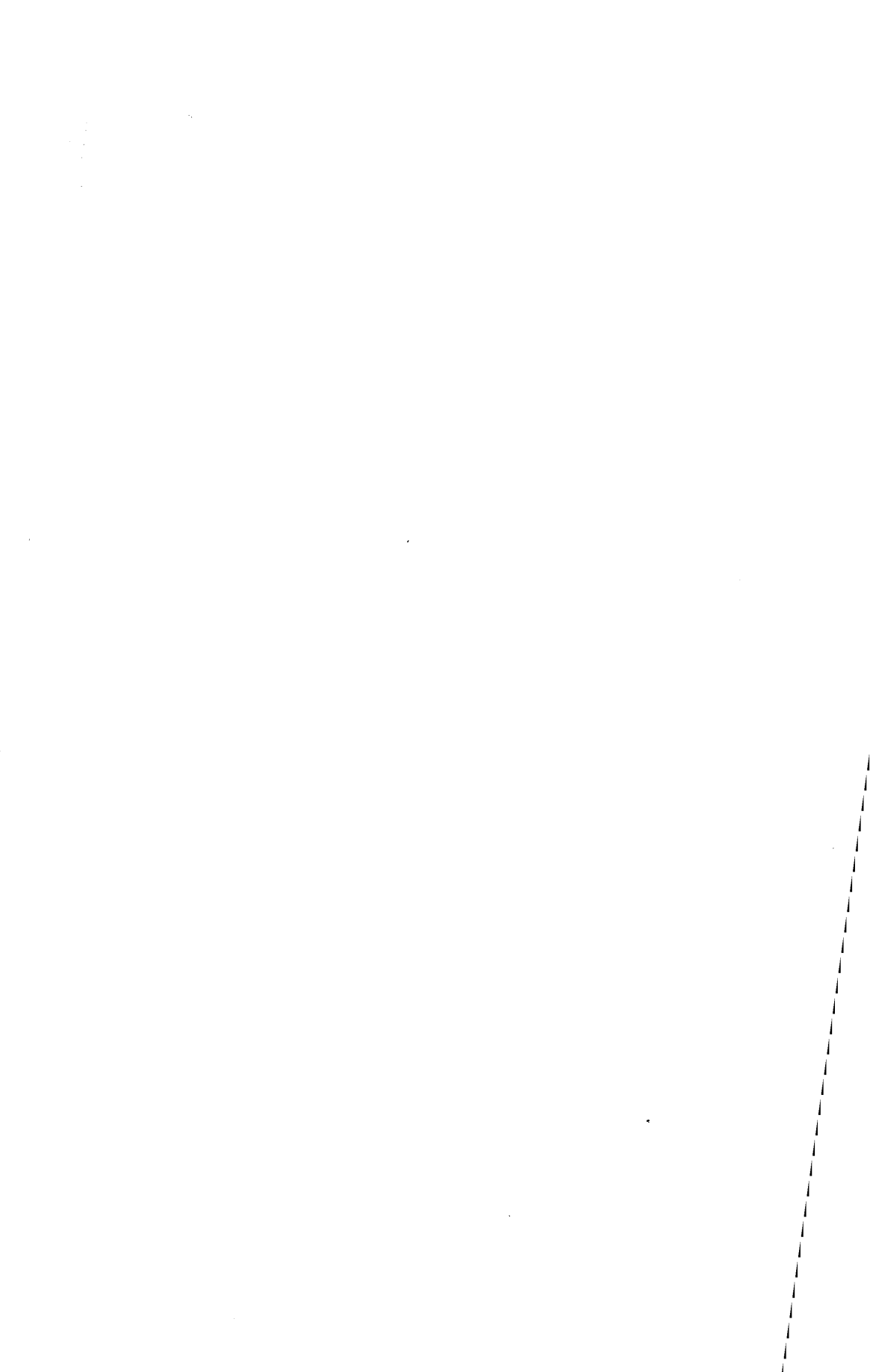
Cons., d'autre part, que si, en vertu des articles 1, 3 et 13 de la loi du 30 septembre 1986, la commission nationale de la communication et des libertés doit veiller à l'expression pluraliste des courants d'opinion et d'expression socio-culturelles, notamment dans les programmes des sociétés nationales de programme, et si le pluralisme est, ainsi que l'a énoncé le conseil constitutionnel dans sa décision 86-217 du 18 septembre 1986, "un objectif de valeur constitutionnelle", le respect de ces dispositions législatives et de l'objectif qu'elles entendent garantir doit s'apprécier, en ce qui concerne les sociétés nationales de programme, au vu des programmes diffusés par lesdites sociétés ; que la décision par laquelle la commission nationale de la communication et des libertés, investie à cet effet d'un large pouvoir d'appréciation, a nommé les présidents des sociétés nationales de programme, n'a pas, en l'espèce, méconnu les dispositions législatives précitées ; que, par suite, le moyen tiré de ce que ces nominations seraient constitutives d'une atteinte au pluralisme ne peut qu'être rejeté ; ... (rejet).

R.R.J. 1991-3

Pages 897 à 911

- V -

ACTUALITÉS DOCTRINALES



**DROITS DE DIEU ET DROITS DE L'HOMME,
ACTES DU IX^{ème} COLLOQUE NATIONAL DES JURISTES
CATHOLIQUES**

Préface A. STICHLER, Téqui, 1989, 215 pp.

Présentation par
Alain SÉRIAUX

Ce volume contient sept contributions assez diversifiées sur le thème des droits de l'homme envisagés dans une perspective chrétienne-catholique, pour être plus précis. On y trouve tout d'abord des réflexions d'ordre philosophique avec les contributions de Jean-Marc Trigeaud ("Le droit naturel comme fondement des droits de l'homme") et de J.-B. d'Onorio ("A la recherche des droits de l'homme") ; puis une approche historique avec l'article de G. Apollis sur l'Église et les déclarations des droits de l'homme de 1789 et 1948", des approches comparatives "interne" (avec la contribution de feu le père André-Vincent : "Les droits de l'homme de Pie VI à Jean-Paul II") et "externe" (deux articles, l'un consacré à "droits sociaux et doctrine de l'Église" et l'autre relatif aux "droits de l'homme et au dialogue islamo-chrétien"). Mgr. Correco s'attache enfin à l'étude des "droits et devoirs du fidèle dans le Code de droit canonique". L'idée sous-jacente qui anime l'ensemble de ces travaux est de montrer, à l'occasion du bi-centenaire de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, que l'Église catholique a, elle aussi, su prendre en considération les droits de l'homme et les a défendus autant, sinon mieux, que quiconque. Ainsi, bon an mal an, l'association des juristes catholiques nous habitue-t-elle à connaître la version quasi-officielle des enseignements de l'Église dans le domaine du droit. C'est là, pensons-nous, une bonne chose, même si l'on peut parfois regretter que nos penseurs chrétiens ne soient pas toujours à la hauteur de la tâche qu'ils s'assignent hardiment.

Un dicton qui doit être divin à force d'être populaire, enseigne que "*toutes les vérités ne sont pas bonnes à dire*". Ayant bien compris la leçon, nous nous bornerons simplement à en dire quelques-unes. La doctrine des droits de l'homme est, chacun le sait, l'un des principaux avatars de la pensée juridique moderne. C'est pourquoi, nombre de catholiques "traditionnels", hésitent à employer cette terminologie qui leur paraît, pourquoi ne pas l'avouer, fortement teintée d'hérésie. Mais d'un autre côté, l'Église elle-même emploie volontiers l'expression "droits de l'homme" dans ses enseignements officiels. Tel est tout particulièrement le cas de Jean-Paul II, bien qu'il ait eu dans ce domaine d'illustres prédécesseurs. Dès lors, comment concilier ces deux tendances apparemment antinomiques ? La réponse des juristes catholiques se veut dialectique. Il y aurait d'un côté les bons droits de l'homme, fondés sur le droit naturel et, d'un autre côté, les mauvais droits de l'homme : ceux de la Révolution française en particulier. Cette dichotomie permet ainsi de sauvegarder l'essentiel : à savoir la validité absolue des

enseignements de l'Église, en cette matière comme dans d'autres. Et de soutenir que l'Église catholique, en "récupérant" les discours laïques sur les droits de l'homme n'aurait fait en réalité que séparer le bon grain de l'ivraie, recueillant ce qu'il y a de vrai dans ces discours et rejetant le faux. Pour dire la vérité, cette approche nous paraît assez superficielle. De deux choses l'une en effet : ou bien le discours sur les droits de l'homme, de quelque chapelle qu'il provienne, est vrai, c'est-à-dire qu'il nous restitue un aspect de la réalité ; ou bien, il est faux en ce sens qu'il repose sur une compréhension erronée de la réalité juridique. Pour nous la réponse ne fait aucun doute : il est faux. Et ce ne sont pas les réflexions assez obscures de Jean-Marc Trigeaud, ni les affirmations lénifiantes de Joël-Benoît d'Onorio qui pourront nous inciter à changer d'avis. Pourquoi donc le discours -tout discours- sur les droits de l'homme est-il intellectuellement inacceptable ? La réponse est simple et il est dommage qu'aucun des intervenants au cours de ce colloque ne l'ait envisagée, ne serait-ce que pour la discuter. Sur quoi, en effet, fonder les droits de l'homme, sinon sur l'homme en tant qu'individu ou, si l'on veut, en tant que personne ? Or, le droit n'est pas et ne sera jamais l'attribut inné et inaliénable d'une personne parce qu'il est fondamentalement une mesure entre deux ou plusieurs personnes. L'emploi de l'expression "droits de l'homme" n'est pas gênante à condition de ne jamais perdre de vue que la reconnaissance de tels droits procède d'un *jugement antérieur* sur ce qui est juste et sur ce qui ne l'est pas dans un rapport inter-personnel. Ce jugement exprime un ordre, c'est-à-dire un ensemble d'ajustements entre les différents éléments d'un tout. Ici, entre les diverses personnes qui composent ce tout qu'on appelle la société. Une fois, et seulement une fois, qu'on aura déterminé quelle est la position juste que doit occuper au sein du corps social chaque citoyen, alors on pourra en déduire que telle personne a tel droit ou tel devoir envers telle autre personne. Seule une perception *holiste* de la société permet de saisir dans toute sa profondeur le phénomène juridique. Partir au contraire de l'individu et de ses soi-disant droits antérieurs à toute vie sociale, qu'il détiendrait par le seul fait d'être homme, c'est s'exposer fatalement à ne rencontrer en fin de compte que des individus ayant chacun des droits illimités et qui, tels des atomes devenus fous, s'entrechoquent dans un désordre absolu. La doctrine des droits de l'homme, issue d'une vision individualiste de l'univers, ne peut conduire qu'à l'individualisme. Le seul moyen de récupérer une conception saine du droit est de l'axer sur la *justice* comprise non comme la vertu par laquelle on rend à chacun le sien, mais au sens objectif de bon ajustement entre les différents membres du corps social, d'une part, et entre le corps social et ses membres, d'autre part. C'est sur cette conception du droit et de la justice que s'est appuyée toute la pensée classique de Platon jusqu'à Saint Thomas d'Aquin. Il est à cet égard assez effarant de voir nos juristes catholiques en appeler constamment à l'autorité du docteur angélique pour défendre des idées qu'il était à cent lieux d'émettre pour la bonne et simple raison qu'elles sortaient totalement de l'univers mental dans lequel il évoluait.

Cet ouvrage s'intitule "Droits de Dieu et droits de l'homme". On eût aimé qu'il fut plus fidèle à son intitulé. Quelle place y accorde-t-on à une réflexion sur les droits de Dieu ? Presque rien. Au mieux trouve-t-on sous la plume de M. d'Onorio (p. 195 à 199) un exposé des "droits de l'homme comme reflets des droits de Dieu". C'est très peu alors qu'une infinité de questions se posaient. Dieu a-t-il des droits et peut-il avoir des devoirs envers

l'homme ? Quels sont ces droits ou ces éventuels devoirs ? Qu'est-ce qui fonde les droits ou les devoirs de Dieu ? Comment s'expriment-ils ? Quel est le statut de Dieu par rapport à l'homme ? Etc. A l'heure où l'on parle tant des droits de l'homme, il est peut-être dommage de laisser ainsi dans l'ombre les droits de Dieu qui fondent à son égard les *devoirs* corrélatifs de l'homme. La vraie charte de la catholicité n'est pas une quelconque déclaration des droits de l'homme, mais le *Décalogue* qui formule, chacun le sait, des commandements : des devoirs que l'homme doit respecter s'il veut demeurer uni à son Créateur. Développer une réflexion approfondie sur les droits de Dieu n'aurait donc pas été chose inutile. Son point de départ aurait d'ailleurs pu parfaitement s'ancrer sur la doctrine de Saint Thomas d'Aquin. Les quelques articles, apparemment bien oubliés, de la Somme théologique où il est question de la justice et de la miséricorde de Dieu auraient largement pu servir à alimenter une belle réflexion dans ce domaine. En somme, cet ouvrage démontre *a contrario* que pour se dire catholique il faut être un authentique philosophe : un amoureux de la Sagesse et de la Vérité.

NAISSANCE DE LA LOI MODERNE

Par

Michel BASTIT, P.U.F., Coll. Léviathan, 1990, 389 pp.

Présentation par
Alain SÉRIAUX

"Toute l'histoire de la naissance de la loi moderne peut (...) se lire, à partir de la suppression de la loi éternelle, comme une tentative pour transférer à la loi humaine la parfaite indépendance de la loi éternelle, et à l'homme l'autonomie divine". L'auteur affirme cela en page 82. Et, au fond, tout est effectivement là : en quelques siècles -du XIIème au XVIème- tout a basculé. Étrange réponse à l'Incarnation -Dieu qui "devient" homme-, l'homme s'est mis à la place de Dieu. Depuis il y est resté, (in)confortablement installé, au point que l'on pourrait se demander si la récente théologie de la mort de Dieu ne serait pas en réalité une théologie de la mort de l'homme. Mais passons... Michel Bastit est un disciple de Michel Villey. Comme son maître, il reprend et développe cette idée centrale, que nous partageons sans réserve, que la modernité juridique (et la modernité tout court) naquit avec le nominalisme et s'est développée avec la seconde scolastique auxquels les grands penseurs protestants puis les adorateurs de l'Être suprême sont en fait très largement redevables. Comme Michel Villey, M. Bastit s'efforce de nous montrer comment l'oubli des choses, l'abandon de l'étonnement devant l'ordre naturel des choses, aboutit nécessairement tôt ou tard à une pensée immanentiste axée non plus sur le réel extérieur à l'homme mais sur l'homme lui-même, ainsi devenu critère ultime de toute réalité.

Scrupuleux, l'auteur nous offre une lecture attentive et aussi exhaustive que possible de quatre grands docteurs : Saint Thomas d'Aquin, Duns Scot, G. d'Occam et F. Suarez. Le premier représente la pensée classique ; le dernier ouvre décidément l'aube des temps modernes. La tâche était ardue. Il suffit de parcourir cet ouvrage pour se rendre compte à quel point les modes de pensée, les systèmes, les méthodes, les signes de ralliement, les problèmes des grands penseurs de la fin du Moyen-Âge sont totalement étrangers à nous autres lecteurs modernes. Bon gré, mal gré, nous appartenons à un autre univers mental : celui du livre imprimé et non celui de la parole écrite. Il fallait donc beaucoup de courage et de discernement, une excellente connaissance du latin et bien d'autres qualités intellectuelles et morales pour se débattre au milieu de ces arguments *pro* et *contra* d'un autre âge, de ces conclusions propres à chaque *quaestio*, afin d'en décèler les fils conducteurs, les idées synthétiques permettant ensuite de souligner rapprochements et surtout divergences entre les différents auteurs étudiés. Voilà, à notre avis, le plus grand mérite de M. Bastit, ce pourquoi ce livre vaut avant tout d'être salué.

Nous n'entreprendrons pas une critique de fond de cet ouvrage. Il y faudrait plusieurs centaines de pages. Bornons-nous à faire observer qu'à notre

avis le problème essentiel n'est pas de savoir si, oui ou non, la loi humaine a remplacé la loi éternelle ou divine -ce sur quoi nous serions assez d'accord-mais, plus radicalement, de se demander quelle conception les différents auteurs étudiés se font de la loi éternelle. En réalité, il y en a deux. Celle qui, comme chez Saint Thomas, considère que la loi éternelle est un produit de la raison divine. Celle qui, comme chez Suarez, envisage la loi éternelle comme l'expression de la volonté de Dieu. C'est là un clivage qui, à nos yeux, est capital. Une très grande partie de la modernité juridique est redevable à Suarez -et à ceux qui l'ont précédé dans cette direction- d'avoir fait de la loi un acte de volonté pure détaché de toute rationalité préexistante. Au contraire, la pensée classique, dont Saint Thomas est un insigne représentant, voyait et voit encore dans la loi une expression de la sagesse ou de la prudence du législateur (qu'il s'agisse de Dieu ou du prince ou d'un parlement, peu importe ici). Ces clivages se retrouvent à la lecture de l'ouvrage de M. Bastit, parfois nettement mis en exergue et d'autres fois exprimé de façon plus implicite. C'est là, d'ailleurs, un premier point que nous regrettons. Par souci d'être exhaustif et de présenter une lecture aussi complète que possible des différents aspects de la pensée des grands scolastiques, M. Bastit a trop souvent tendance à perdre de vue les grands fils conducteurs de tout cet amas de réflexions. Gagnant en densité de l'exposé, il perd en revanche fréquemment de vue l'épure, les lignes de force. La louable prudence de l'auteur lui joue ici, nous semble-t-il, quelques mauvais tours.

Tous les auteurs qu'aborde M. Bastit ont écrit en latin. N'aurait-il donc pas mieux valu donner les citations des uns et des autres qui fleurissent tout au long de cet ouvrage dans la langue originale -cette vraie langue de l'Europe, au temps où elle constituait une unité morale, culturelle et intellectuelle, bien plus forte et homogène que celle qui est en train, tant bien que mal, de se constituer sous nos yeux à coups de décrets. Même s'il est bien compréhensible que M. Bastit ait sacrifié, pour être plus accessible, le latin au français, n'aurait-il pas été au moins souhaitable qu'il nous fournisse en note l'original ? Il est vrai que les impératifs de nos éditeurs d'aujourd'hui ne donnent guère de prise à ce souci de précision scientifique. C'est d'autant plus dommage qu'il nous est arrivé d'être quelque peu surpris par les traductions présentées par M. Bastit de certains lieux communs de la pensée scolastique. Tel est en particulier le cas pour la définition de la loi que donne Saint Thomas d'Aquin. Sous la plume de M. Bastit, la *rationis ordinatio ad bonum commune* du docteur angélique est devenue la "mise en œuvre de raison en vue du bien commun" (p. 66). Il n'y a pas là une simple coquille de la part de l'auteur puisque, par la suite, il insiste à plusieurs reprises sur cette "mise en œuvre de la raison". Or, chez Saint Thomas, la loi est bien plus qu'une simple mise en œuvre de la raison pratique ; elle est une *ordinatio*, c'est-à-dire un ordonnancement, une mise en ordre conforme à la raison. Nous regrettons que cette traduction malencontreuse fasse perdre de vue cette notion capitale d'*ordre*. Si M. Bastit avait suffisamment médité sur elle, peut-être se serait-il aperçu que l'ordre suppose un *ajustement* entre les choses et que, qui dit ajuster, dit aussi découvrir la position juste. On voit bien par là comment la loi peut s'articuler correctement avec le droit et que le reproche si souvent fait par M. Bastit à Duns Scot d'avoir confondu droit et loi n'est guère fondé. Saint Thomas, lui-même, tout en accordant qu'il existe une distinction entre la loi et le droit, n'établit entre eux qu'une nuance et, très fréquemment,

utilise indifféremment l'un des concepts pour l'autre. Sur ce point comme sur certains autres, M. Bastit nous paraît ainsi beaucoup trop tributaire de la pensée de M. Villey. C'est peut-être au fond cette sujétion qui rend son œuvre trop souvent hermétique et complexe en introduisant des discussions et des distinctions qui n'auraient, à notre avis, guère lieu d'être. Il reste que la *Naissance de la loi moderne* demeure une source d'information et de formation de premier ordre que tout juriste soucieux de comprendre les origines de l'univers mental dans lequel il évolue présentement gagnerait à avoir lue.

INTRODUCTION CRITIQUE AU DROIT NATUREL

Par Javier HERVADA, Ed. Bière, 1991, 185 pp.

Présentation par
Alain SÉRIAUX

Nous serons bref. Quiconque veut entreprendre une réflexion sur le droit naturel *doit* avoir lu cet ouvrage. Publié pour la première fois en Espagne il y a maintenant dix ans, il a été six fois réédité depuis dans ce pays. Il faut savoir immensément gré à M. J.-M. Trigeaud d'avoir pris l'initiative d'en ordonner la traduction à partir de la dernière édition espagnole.

L'ouvrage s'offre aux lecteurs pratiquement dénudé de tout appareil critique. Mais il est le fruit d'une réflexion posée depuis plusieurs années et se veut résolument aux antipodes de tout hermétisme. Le style est clair, le raisonnement se suit parfaitement sans pour autant renoncer à la profondeur. Le point de départ de la pensée du professeur Hervada est aristotélicothomiste. Après une brève introduction sur l'art du droit et la vertu de justice, sont analysés la justice et le juste, le juste naturel, le sujet du droit, la règle de droit, la loi naturelle, les rapports entre le droit naturel et le droit positif. L'auteur conclut par une suggestive question consacrée à la science du droit naturel où il montre qu'à côté de la science du droit positif il y a place pour une science du juste naturel. Toutes les données fondamentales de l'univers juridique sont passées en revue et présentées de façon originale et synthétique à la fois.

Pour notre part, nous n'hésitons pas à avouer que la lecture de la première édition de cet ouvrage nous a énormément apporté. Par la suite, nous avons pris nos distances d'avec certains axes essentiels de la pensée du professeur Hervada. Mais c'est après avoir longuement suivi son propre cheminement. A vrai dire, sur les mêmes questions nous avons finalement adopté une position diamétralement opposée à la sienne. Alors que le professeur Hervada fait du *titre* l'essence du droit, ce qui lui permet de placer la personne au centre de son ontologie juridique, nous en sommes arrivé à penser qu'au contraire c'est la *mesure* qui constitue l'essence du phénomène juridique, mesure qui nous renvoie à l'ordre cosmique des choses tel qu'il a été pensé par Dieu son créateur. Cette divergence fondamentale n'empêche cependant pas d'importantes affinités entre nos deux démarches. C'est l'un des très grands mérites de cet ouvrage que de laisser au lecteur sa liberté tout en lui apportant les matériaux nécessaires pour une réflexion *précise* sur des questions qu'on a malheureusement trop souvent pris l'habitude de laisser dans le flou des mots et des choses.

ALVARO D'ORS
"UNE INTRODUCTION À L'ETUDE DU DROIT"

Présentation, traduction et notes par Alain SERIAUX,
P.U. Aix-Marseille, 1991, 138 p.

Présentation par
Emmanuel PUTMAN
Professeur à l'Université de La Réunion

Alain Sériaux, qui nous doit tôt ou tard "son" introduction au droit, sert d'abord, avec une belle modestie, la pensée d'autrui. Sa traduction, substantiellement préfacée et annotée, ne cachant ni ses affinités ni ses différences de vues avec le romaniste et théoricien espagnol, est exemplaire par les nombreuses citations d'autres écrits de l'auteur et les renvois à ses sources d'inspiration, au premier rang desquelles figure la doctrine de l'Église catholique, suivie par Alvaro d'Ors sur maintes questions comme le divorce ou l'avortement. Ces positions sont connues, de même que l'approche du droit comme un système de devoirs socialement exigibles, réfractaire à la notion de droit subjectif, rejoint les idées d'un Michel Villey. Ce n'est donc pas là qu'on cherchera la part la plus novatrice de l'œuvre d'Alvaro d'Ors, résumée dans les trois chapitres de ce livre très dense.

Exposant ses "concepts généraux", d'Ors définit le droit, qu'il s'agisse du droit public des "situations" ou du droit privé des "relations" (clivage qu'il faudrait relativiser, à l'heure où le droit public se "contractualise"), comme une science humaine et non sociale, une étude de livres, codes, recueils d'arrêts, essais doctrinaux, où le juge puise les critères de son raisonnement. Le droit est avant tout jurisprudence. Il est "tout ce qu'approuvent les juges", acte de raison, "d'auctoritas", contrairement à la loi, acte politique, de "potestas". Le droit est la prudence du juge. La loi même n'y entre que comme critère appliqué par lui au cas qu'il juge. Le droit ne se ramène pas aux litiges existants, mais est conditionné par la possibilité de soumettre à un juge une chose litigieuse, à propos de laquelle, organe de la Justice, il donne à chacun le sien. "Tout le droit traite de cas, de choses et de causes" : c'est une casuistique de juge sur une dialectique d'avocats, une sentence entre des opinions. Conception largement vraie, sauf à se demander avec Alain Sériaux si la mesure de ce qui revient à chacun n'est pas aussi contenue dans la loi, si la loi ne "dit" pas aussi le droit. Autre question à considérer : qui est le juge ? Le meilleur droit est-il celui où les parties sont présumées aptes à choisir le juge qui saura le mieux trancher leur cas (arbitrage), la compétence obligatoire, seule garante de la prudence des juges (juridiction étatique), ou un hybride asseyant le magistrat du juge sans égratigner l'autonomie des parties (clause facultative de compétence obligatoire, devant la Cour internationale de justice et la Cour européenne des droits de l'homme) ? On soutiendrait volontiers que seule la compétence

obligatoire engendre une véritable jurisprudence : que serait devenue sans elle la Cour de Justice des Communautés européennes ?

Le "droit proprement dit" (Chapitre II), pour d'Ors essentiellement patrimonial, nous vaut des pages vigoureuses sur la propriété, quoique son postulat d'antériorité de la propriété collective sur la propriété individuelle ne soit plus partagé par les anthropologues (Verdier, "Les problèmes de la propriété individuelle et collective chez les peuples primitifs", *Études de droit contemporain*, 1963, 105). Alvaro d'Ors défend un archétype de propriété familiale reposant sur l'épargne par conversion des gains en biens héréditaires, alors que l'État contemporain, fondé sur la sécurité sociale plus que sur la sécurité familiale, diminue la propriété conservatiste au profit de la propriété consumériste (v., plus nuancé, Catala, "La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne", *Rev. trim. dr. civ.* 1966, 185). Cependant il ne mentionne pas la principale cause de cette évolution. Lorsqu'il rattache la conception des intérêts comme fruits de l'argent à la morale protestante, il conviendrait d'ajouter que les prêteurs se font payer le "loyer de l'argent" surtout pour pallier l'érosion monétaire. A sa belle définition du droit commercial comme "partie du droit civil qui concerne l'échange des valeurs", d'Ors ajoute que ce droit se détache de la propriété classique spécialement en droit bancaire où les valeurs deviennent des symboles nominaux. Mais le constat n'est-il pas un peu court. Face au double mouvement de réification du droit personnel et de dématérialisation du droit réel, il faudrait tenter d'évaluer la pertinence des concepts classiques, sans doute encore aptes au service des affaires à condition de ne pas jouer les puristes (cf. chez nous le droit de rétention fictif du vendeur à crédit de véhicule automobile, le gauchissement de la technique de la copropriété par le fonds commun de créances, les conséquences originales tirées de la propriété des créances par Paris 20 déc. 1988, D. 1989, somm. 87). Le droit comparé inviterait aussi à retoucher certaines analyses. Une réflexion particulièrement nourrie sur les obligations conduit d'Ors à l'heureuse distinction des actes primaires, dénués de cause-contrepartie et dont la cause-motif est partiellement laissée hors du droit (le don) et des actes abstraits, où le respect de la forme permet de faire abstraction de la cause (la lettre de change). En revanche il fonde la révision judiciaire du contrat sur la seule équité à l'exclusion de la bonne foi, alors que le droit allemand montre le contraire.

Averti que le droit n'est pas une science sociale, le lecteur trouve dans "l'organisation sociale" (Chapitre III) peu de droit. On nuance aujourd'hui plus que l'auteur le grief du caractère politique des tribunaux constitutionnels (v. Poullain, "La pratique de la justice constitutionnelle", *Economica-P.U.A.M.*, 1990, n° 11). Habillé de neuf, le thème de l'importance du contrat dans les relations internationales (comp. Reuter, "Introduction au droit des Traités", PUF 1985, n° 56, 58) conduit d'Ors à voir dans le droit international un droit privé, "pacta sunt servanda" étant le principe cardinal d'un droit de relations. Mais est-ce autre chose qu'un jeu sur une "summa divisio" un peu manichéenne ? Au contraire le lien établi par l'auteur entre droit et juridiction le laisse ici avare de remarques. Il eût pourtant été fécond d'explorer l'idée que l'inefficacité de la juridiction internationale vient de ce qu'elle n'est pas une véritable juridiction mais un arbitrage à peine amélioré (rapp. Rousseau, *Dr. int. pub.*, t. 5, Sirey 1983, n° 292).

Le reste est politique, et n'est pas sans défauts. Ainsi est-il surprenant qu'Alvaro d'Ors n'ait pas perçu, lorsqu'il peint sans complaisance les tendances totalitaires de l'État moderne (y compris démocratique...), à quel point sa propre pensée est tributaire du mythe de l'État. E. Le Roy a montré comment, à ce mythe, s'associait étroitement celui de l'autorité du Texte ("Logiques et mythologiques du discours juridique", in "Décolonisation et nouvelles dépendances", P.U. Lille 1986, 80). En ramenant l'étude du droit à une étude de livres, Alvaro d'Ors témoignerait-il inconsciemment que les mythes continuent de piéger les plus claires intelligences ?

"LA NOTION D'ACTION DIRECTE"

Par Christophe JAMIN,
Préface de Jacques GHESTIN,
Biblioth. dr. privé, tome 215, 410 pages, L.G.D.J. 1991

Présentation par
Emmanuel PUTMAN
Professeur à l'Université de La Réunion

Affrontant, sous la houlette de M. Ghestin, la tâche redoutable d'écrire une thèse sur l'action directe après celle, désormais classique, de M. Cozian ("L'action directe", préf. Ponsard, Bibl. dr. privé, t. 92, L.G.D.J. 1969), M. Christophe Jamin se propose de s'arrêter en quelque sorte là où son incontournable prédécesseur commençait. L'ouvrage de référence de M. Cozian demeure essentiel à la compréhension du régime de l'action directe. M. Jamin propose, pour sa part, une histoire doctrinale, jurisprudentielle et législative de la notion. Exceptionnellement bien écrit, son livre a toutes les qualités, à la fois de vive élégance de plume ("la compassion du procureur" pour expliquer l'origine sous l'Ancien Régime de l'action de l'avoué en distraction de ses dépens : quel sens de la formule) et de virtuosité juridique (cf. l'exposé des "dix vaines tentatives" pour créer, avant sa consécration légale, un lien de droit entre la victime et l'assureur du risque locatif : stipulation pour autrui, gestion d'affaires, délégation, subrogation, art. 1303 C. Civ., représentation, cautionnement, obligation de faire, privilège !). Il fallait ces dons, alliés à une connaissance savante des travaux préparatoires du Code Napoléon et de ses Exégètes, pour mener à bien ce véritable roman d'un concept. Ce brillant exercice demeurerait pourtant de style, s'il ne visait, comme le doit une thèse, à éclairer l'esprit de la notion étudiée. M. Jamin démontre que, contrairement à la présentation traditionnelle, l'action directe ne recouvre pas une série d'exceptions strictement textuelles aux principes de l'effet relatif du contrat et de l'égalité des créanciers, mais un véritable principe correcteur, qui rétablit l'équilibre des patrimoines en faisant recouvrer au titulaire de l'action directe la valeur qu'il a perdue suite à un dommage (action directe en garantie) ou qu'il a apportée au patrimoine du débiteur ou du sous-débiteur (actions directes en paiement). Diverse dans ses modalités, l'action directe est unitaire par sa finalité.

Voici quarante ans, Edmond Bertrand montrait avec justesse comment l'évolution cyclique du droit engendre, sous l'apparence d'exceptions aux principes classiques, des principes concurrents, aux domaines et aux justifications propres, plus complémentaires que contradictoires ("Le rôle de la dialectique en droit privé positif" D. 1951, Chron. 151). Nourri d'une solide culture philosophique, M. Jamin s'inspire, quant à lui, des conclusions de T.S. Kuhn ("La structure des révolutions scientifiques", Flammarion 1983). Avec une insistance quasi incantatoire, il invoque comme fondement

du principe nouveau l'équité (répétée une dizaine de fois dans ses titres et sous-titres) définie de manière aristotélicienne comme correctif à la justice légale. Révérence gardée pour la Philosophie éternelle, un lecteur un peu impertinent murmurerait volontiers que l'appel à l'équité ne l'avance guère. Car il reste à savoir pourquoi le besoin d'un correctif se manifeste, et comment le satisfaire. Pourquoi ? Par souci de justice commutative, assure C. Jamin, toujours aristotélicien mais cette fois à meilleur escient. Comment ? Il nous montre très utilement que le droit contemporain ne satisfait pas pleinement l'impératif de justice, et selon quelles directions il y parviendrait mieux. L'élargissement de l'action directe du sous-locataire en renouvellement du bail commercial, l'affirmation d'une action directe en paiement du vendeur sous réserve de propriété contre le sous-acquéreur, seraient d'opportunes conquêtes. De même la création d'une action directe des salariés contre l'AGS : mais l'article 125 alinéa 2 de la loi du 25 janvier 1985, curieusement négligé par M. Jamin, ne donne-t-il pas un avantage équivalent ? En revanche, on lira tout particulièrement la contestation de l'arrêt Braathens du 21 juin 1988 (JCP, éd. E, 1988, II, 15294, note Delebecque) et de la reconnaissance à la caution de l'action résolutoire du contrat principal (Civ. I 20 déc. 1988, Rev. trim. dr. civ. 1989, 538, obs. Mestre), faute de véritable transfert de valeur opéré par la compagnie d'aviation ou par la caution. M. Jamin ne cède pas à la tentation, si répandue, d'approuver toutes les applications de l'institution qu'il étudie : il sait lui assigner d'exactes limites.

C'est également avec raison qu'il explique toute action directe comme un balancement entre l'affirmation d'un droit propre du titulaire et la subsistance d'un droit dérivé. Le droit étant propre, il n'est normalement pas conditionné par la défaillance du débiteur intermédiaire, sauf texte contraire comme l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance. La production préalable au passif du débiteur intermédiaire frappé de procédure collective n'est pas non plus nécessaire (Ch. mixte 15 juin 1979, D. 1979, 561, note Derrida, pour l'assurance ; Com. 17 juillet 1990, D. 1990, 494, note Derrida, implique le contraire pour l'action du créancier contre la caution du débiteur en redressement judiciaire : mais ce n'est pas une action directe). Le caractère propre du droit justifie encore l'opposabilité par le sous-débiteur d'une partie des exceptions issues de ses rapports avec le débiteur intermédiaire. Le droit dérivé survit, soit en faveur du créancier (transfert des sûretés du débiteur intermédiaire) soit à son détriment (opposabilité des exceptions postérieures à la naissance du droit ou à l'exercice de l'action directe). On ne s'écartera de cet irréprochable exposé que sur l'affirmation par M. Jamin, à la suite de M. Cozian (th. préc. n° 52) d'un droit de préférence octroyé par l'action directe. Le droit de préférence, essence du privilège, permet de gagner le concours. Le droit propre, essence de l'action directe, permet d'y échapper. C'est un droit exclusif sur la créance du débiteur intermédiaire contre le sous-débiteur, immobilisée au profit du titulaire de l'action directe : le conflit n'est possible qu'avec un autre titulaire de droit direct, et doit alors se résoudre selon la date de naissance des droits antagonistes. On ne voit pas d'autre explication au maintien de la primauté du banquier porteur d'une traite acceptée non échue sur le sous-traitant (Com. 4 juillet 1989, Rev. trim. dr. com. 1989, 693, obs. Cabrillac et Teyssié). L'acceptation donne au porteur, outre la présomption d'existence de la

provision (art. 116 al. 4 et 5 C. de com.) un droit direct et autonome (réaffirmé par Com. 13 mai 1986, Bull. IV n° 88). Droit direct contre droit direct, la Cour de cassation fait triompher le banquier, parce que le sous-traitant n'a qu'une action directe imparfaite : l'immobilisation de la créance ne se produit en sa faveur que par l'exercice de l'action, alors que l'acceptation de la lettre de change est antérieure (comp. Synvet, JCP 1990, I, 3425).

Mais cette réserve paraîtra vétilleuse au regard d'un des ouvrages doctoraux récents les plus riches qu'on ait lus. Il y a plusieurs "entrées" à cette thèse. L'amateur d'épistémologie juridique s'enchantera ainsi d'y trouver, situé à sa vraie place parmi les sources du droit, le rôle de la doctrine dans le modelé progressif de l'action directe. Réhabilitation d'abord, dans la lignée d'un Ph. Rémy, de l'école de l'Exégèse capable, contrairement à sa réputation de littéralisme, de découvrir par les principes généraux du Code des actions directes que les textes n'avaient nullement voulu instituer (bonne démonstration du travail fondateur de Duranton sur les articles 1753, 1798 et 1994 du Code civil). Puis, le recours aux notions de base de la théorie des obligations ne suffisant plus à rendre compte des nouvelles actions directes (passage négocié avec maestria sur la faillite des explications tirées de la cession de créance, puisque l'action directe en garantie existe sans signification au débiteur ; ou de la théorie de l'accessoire, qui n'éclaire pas la conservation par le vendeur intermédiaire de l'action en garantie contre le vendeur originaire), retranchement derrière la volonté souveraine du législateur. L'affirmation (beaucoup plus légaliste que ne l'étaient les grands commentateurs du Code !) du caractère exclusivement textuel des actions directes achoppant alors sur le phénomène des groupes de contrats, M. Teyssié ("Les groupes de contrats", LGDJ 1975, n° 560) en vient à distinguer les actions directes dans ces groupes, nécessairement contractuelles même sans textes, et les autres, exceptions à l'effet relatif recevables sur la seule base d'un texte formel. C'est cette distinction que M. Jamin entend dépasser en retrouvant l'unité d'inspiration de l'action directe. Et c'est une autre entrée possible à son ouvrage, que d'y lire une interrogation sur les limites de la théorie des ensembles contractuels. D'aucuns se demandent si elle n'est pas en train de marquer le pas (P. Delebecque, "La transmission de la clause compromissaire", Rev. arb. 1991, 19 et s, n° 1). On a en tout cas, aux yeux de Christophe Jamin, peut-être surestimé sa valeur explicative. Débat à suivre...

DÉPOT LÉGAL 3ème Trimestre 1991

— Christiane PEYRON-BONJAN, De la dialectique de la responsabilité à la dialectique de la morale

— Frédéric VEAU et Isabelle BADORC, La délimitation des circonscriptions pour les élections législatives et cantonales sous la V^e République

II - Philosophie du droit et Méthodologie juridique

— Paul DUBOUCHET, La théorie pure du droit de Kelsen et la logique

— Vincente FORTIER, La fonction normative des notions floues

— Christiane PEYRON-BONJAN, Force et logique du discours - Pour un essai méthodologique de lecture critique

III - Droit Pénal

— Lakhdar BOUMAZA, La rétroactivité « in mitius » : L'application d'un principe à valeur constitutionnelle dans la jurisprudence criminelle en matière économique (suite et fin)

IV - Commentaires de jurisprudence

— La filiation contractuelle : épilogue ou moratoire ?

Note Tanguy BARTHOUIL, sous Cour de Cassation, Ass. plén. 31 Mai 1991

— A propos de la perte de confiance...

Note Claude SAINT-DIDIER, sous Cass. soc. 29 novembre 1990

— A propos de l'obligation d'expression directe sur les chaînes publiques

Note Alain BOYER sous Conseil d'État, 19 janvier 1990

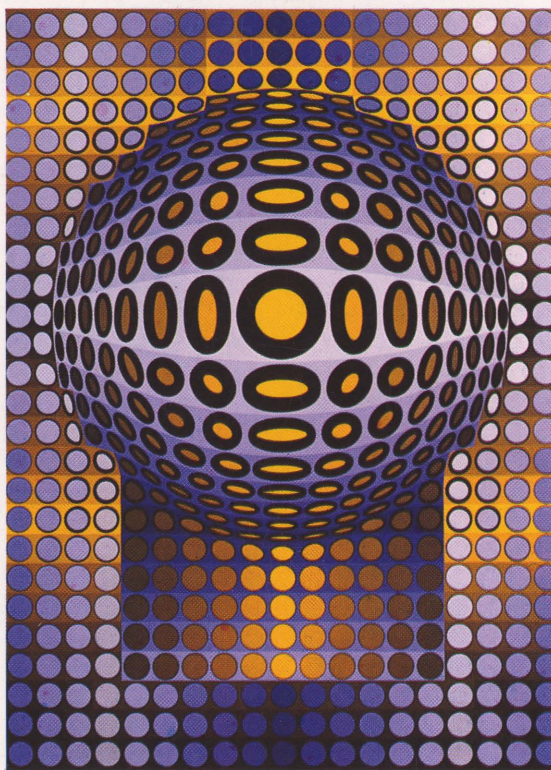
— La nomination des présidents des sociétés nationales de programme et le juge administratif

Note Alain BOYER, sous Conseil d'État, 19 janvier 1990

V - Actualités doctrinales

Revue de la Recherche Juridique

DROIT PROSPECTIF



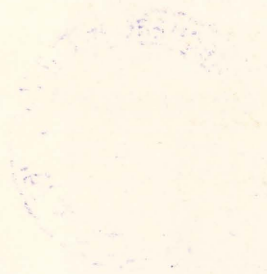
CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

N° 6

**MÉTHODES D'INTÉGRATION DU DROIT
COMMUNAUTAIRE AU DROIT FRANÇAIS**

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

1991 - 4





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

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

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

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

DROIT PROSPECTIF

1991-4

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

Abréviation de référence : R. R. J.

N. XVI - 47 (16ème année - 47e 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 OPPETTI	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 1991

Abonnement de Soutien : 500 F
Abonnement (France) : 350 F

Abonnement étranger : 400 F
Numéro (France) : 100 F

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

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

Sciences Juridiques, Économiques et Sociales

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

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

**CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE
JURIDIQUE**

- N° 6 -

**MÉTHODES D'INTÉGRATION DU DROIT
COMMUNAUTAIRE AU DROIT FRANÇAIS**

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

<i>AVANT-PROPOS</i> , par Jean-Louis BERGEL.....	923
- Robert GARRON, L'influence des institutions et des normes communautaires sur les ordres juridiques internes dans le domaine de la libre circulation des produits ...	925
- Emmanuel PUTMAN, Suggestions pour une approche des méthodes d'intégration du droit communautaire au droit français (Droit des Affaires, Droit International Privé).....	937
- Michel LAFLANDRE, Transposition en droit interne français des normes communautaires (règlement communautaire relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique).....	949
- Jean-Jacques ALEXANDRE, Aspects méthodologiques de la transposition en droit français de la directive du Conseil du 22 juin 1987 concernant l'assurance protection juridique.....	969
- Jean-Yves CHEROT, La transposition de la directive 89/440 CEE du 18 juillet 1989 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.....	981
- Serge FARNOCCHIA, Analyse des méthodes d'intégration à travers l'étude des textes européens relatifs à la S.A.R.L. à un seul associé et à la société anonyme européenne.....	993
- Jean-Louis BERGEL, À la recherche de méthodes d'intégration du droit communautaire (En guise de synthèse !)..	999

ANNEXES

- I) Compte-rendus des réunions de l'Atelier de Méthodologie juridique..... 1011

- II) Rapport public du Conseil d'État pour 1990..... 1017

- III) Parlement européen, Commission juridique et des droits des citoyens, Projet de rapport, par Garcia AMIGO sur la simplification, la transparence et la codification du droit communautaire .. 1025

- IV) Exemples de textes ayant fait l'objet d'une analyse particulière..... 1037

BIBLIOGRAPHIE : ouvrages récents intéressant particulièrement la Méthodologie juridique..... 1093

TABLES de l'année 1991..... 1095

AVANT-PROPOS

Par

Jean-Louis BERGEL

Observez ! Observez ! Il en restera toujours quelque chose !

Sans aucune prétention de découvrir des recettes définitives pour la meilleure intégration possible du droit communautaire en droit interne, il fallait tenter, à partir des expériences acquises, d'esquisser des méthodes de transposition des normes communautaires, essentiellement des directives, dans les droits nationaux. La pratique française en offre des modèles, parmi d'autres. Elle peut, d'ores et déjà, constituer le terrain d'investigations fructueuses.

L'actualité commande ici la recherche. La proximité du "grand marché intérieur européen" impose à chaque État membre de mettre rapidement son droit national en conformité avec les normes européennes. Il est plus que temps de réfléchir aux meilleures façons de le faire... S'il est des sujets éprouvés, celui-ci est encore à défricher. C'est à ce défrichage que l'Atelier de Méthodologie Juridique d'Aix-Marseille, en collaboration avec les services législatifs du Sénat, veut ici contribuer.

La méthodologie juridique n'est pas que réflexion. Elle est aussi l'instrument de l'action. À côté de la méthodologie fondamentale, il y a de la méthodologie appliquée. Celle-ci peut se nourrir d'empirisme plus que de modèles abstraits et s'enrichir des acquis, des lacunes ou des imperfections constatés, pour en tirer d'utiles leçons.

Ainsi, à partir de l'étude des modes de transposition de certaines directives communautaires, prises comme exemples ponctuels, ou de l'approche plus globale de certains secteurs du droit, par extrapolation, il est possible d'apercevoir la marche à suivre.

C'est à cette fin et avec cette méthode inductive que cette recherche a été conduite.



L'INFLUENCE DES INSTITUTIONS ET DES NORMES COMMUNAUTAIRES SUR LES ORDRES JURIDIQUES INTERNES, DANS LE DOMAINE DE LA LIBRE CIRCULATION DES PRODUITS

Par

Robert GARRON

Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

INTRODUCTION

1 - La perspective du marché unique européen impose une élimination relativement rapide des obstacles à la libre circulation.

La réalisation de ce marché unique et, par conséquent, la suppression de tous ces obstacles, devraient, en effet, être accomplies à la fin de 1992.

Cela résulte à la fois de la déclaration du Conseil du 30 Mars 1985 (1), du Livre blanc de la Commission sur l'achèvement du marché intérieur (2) ainsi que des dispositions du nouvel article 8A du Traité de Rome (3).

Or, l'élimination totale des entraves à la libre circulation passe par une certaine intégration ou une certaine reconnaissance des diverses législations nationales.

Il en résulte que les ordres juridiques internes doivent tout aussi rapidement se transformer ou s'adapter pour satisfaire à ces nouveaux objectifs communautaires.

Il est évident que les techniques d'intégration conçues par le Traité de Rome en vue d'améliorer le fonctionnement du marché commun n'étaient pas suffisantes pour la réalisation des perspectives nouvelles. Il a donc fallu prévoir d'autres techniques plus efficaces et, surtout, plus rapides.

(1) Déclaration du Conseil à l'issue de sa réunion à Bruxelles (29/30 - 3 - 1985, Bull. C.E., n° 3/1985, p.12).

(2) Livre blanc présenté par la Commission au Conseil en Juin 1985 et publié dans la série "Documents" de la Commission.

(3) L'article 8A résulte de l'article 13 de l'Acte Unique Européen.

Puisque ces nouvelles techniques constituent des réponses aux insuffisances du marché commun, leur finalité comme leur mécanisme spécifiques ne peuvent être valablement aperçues qu'aux regards de ces insuffisances et des difficultés qu'elles engendraient.

2 - Avant l'entrée en vigueur de l'Acte Unique Européen, la Communauté ne disposait, pour éviter les entraves à la circulation, que d'une seule technique juridique : l'harmonisation des législations des États membres qui, sous réserves des dispositions relatives à la politique agricole commune, ne reposait que sur un seul texte, celui de l'article 100 du Traité de Rome.

Cet article -qui est toujours en vigueur- permet au Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, d'arrêter "des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun".

La règle de l'unanimité qui d'ailleurs prévalait aussi, en fait si ce n'est en droit, dans le domaine agricole (4) rendait particulièrement difficile le processus d'intégration nécessaire à la libre circulation. Car, dans l'exercice de leur compétence, les institutions communautaires n'avaient juridiquement aucune influence sur les ordres juridiques internes, en ce qui concerne leur harmonisation. Les États membres pouvant opposer un véritable droit individuel de veto, la modification ou l'évolution de leurs législations nationales procédaient, en réalité, de la seule compétence et de la seule volonté de chacun d'entre eux.

Compte tenu de l'utilisation parcimonieuse de la règle de l'unanimité, il est évident que la technique de l'harmonisation n'a jamais réussi à atténuer les entraves à la circulation, résultant de la grande diversité des législations.

En l'état de cette carence, la Cour de Justice des communautés -par sa jurisprudence "Cassis de Dijon"- a permis toutefois d'en réduire les conséquences (5).

Cette jurisprudence a mis un terme à certaines entraves en établissant une règle originale de circulation : celle de la reconnaissance réciproque par les États des normes nationales des autres États. Cette règle doit être aujourd'hui considérée comme définitivement admise et fait partie intégrante du Droit positif communautaire, au même titre que les dispositions relatives à l'harmonisation.

Les principes énoncés par la jurisprudence "Cassis de Dijon" se résument ainsi :

- Si les États membres peuvent, en ce qui concerne leur propre production et en l'absence de dispositions communautaires en la matière, réglementer les conditions de commercialisation des produits, il en est autrement s'il s'agit de produits importés des autres États membres.

(4) À la différence de l'article 100, l'article 43 prévoit, dans le domaine agricole une harmonisation à la majorité qualifiée. Cependant, jusqu'en 1985, c'est-à-dire pratiquement jusqu'à l'Acte Unique, les directives étaient prises à l'unanimité sur la double base des articles 43 et 100.

(5) 20/2/1979 Affaire 120/78, Rec. 1979, p. 649.

Tout produit importé d'un État membre doit être en principe admis sur le territoire de l'État membre importateur s'il est légalement fabriqué c'est-à-dire s'il est conforme à la réglementation et aux procédés de fabrication loyaux et traditionnels du pays d'exportation et commercialisé sur le territoire de ce dernier.

- Des obstacles résultant de disparités des législations relatives à la commercialisation des produits ne peuvent être acceptés que dans la mesure où ces restrictions peuvent être reconnues comme nécessaires pour satisfaire à des *exigences impératives* telles que la défense des consommateurs, la protection de la santé publique et de l'environnement, la loyauté des transactions commerciales, l'efficacité des contrôles fiscaux (6).

Bien que la jurisprudence "Cassis de Dijon" plusieurs fois confirmée par la Cour de Justice (7) ait facilité le commerce intra-communautaire par la reconnaissance réciproque des normes, cette jurisprudence ne saurait être considérée comme une panacée de nature à permettre en toutes circonstances la libre circulation des produits.

En effet, ladite jurisprudence recèle, en elle-même, sa propre limite : pour que les produits circulent librement, encore faut-il que les législations étatiques concernées -de l'État importateur et de l'État exportateur- satisfassent aux mêmes "exigences impératives", c'est-à-dire poursuivent les mêmes finalités essentielles dans des domaines importants tels que ceux du respect de la santé publique, de la protection des consommateurs ou de l'environnement, par exemple (8).

Les entraves demeurent, par conséquent, dans tous les cas où ces législations présentent des divergences dans le vaste domaine de ces exigences.

Tel était donc l'état du droit communautaire avant l'adoption de l'Acte Unique Européen et cet état révélait, en résumé, une double insuffisance, à savoir :

- une insuffisance dans la technique de l'harmonisation ;
- une insuffisance aussi dans la technique prétorienne de la reconnaissance réciproque des normes étatiques.

C'est donc pour répondre à ces insuffisances que l'Acte Unique Européen a prévu de réformer la mise en oeuvre de ces techniques dans le sens d'une plus grande efficacité.

3 - Depuis l'entrée en vigueur de l'Acte Unique Européen, la Communauté utilise une nouvelle méthode et dispose de nouveaux moyens pour supprimer les entraves à la libre circulation.

i) En ce qui concerne la méthode, elle procède d'une "nouvelle approche" en matière d'harmonisation (9).

(6) L'énumération des principes de la Jurisprudence "Cassis de Dijon" est fidèlement extraite de la "communication interprétative" de la Commission du 3 octobre 1980.

(7) Un résumé des arrêts qui confirment ou complètent la jurisprudence "Cassis de Dijon" est présenté et commenté par M. Mattera, dans son excellent ouvrage sur "Le Marché Unique Européen", p. 258 à 285.

(8) Les divers domaines dans lesquels les "exigences impératives" doivent être satisfaites ne sauraient être limitativement énumérés.

(9) La "nouvelle approche" dont s'inspire l'Acte Unique a fait l'objet d'un certain nombre d'études depuis Juin 1981 et d'une résolution du conseil du 7 mai 1985 (Résolution

Cette "nouvelle approche" repose sur les considérations suivantes :

L'harmonisation totale et dans tous les domaines des diverses législations étatiques est illusoire et n'est pas, en outre, économiquement acceptable. En particulier, en ce qui concerne le domaine de l'harmonisation technique et de normalisation, celle-ci ne peut être que partielle. Non seulement l'europroduit n'est pas souhaitable, sur le plan économique, mais l'uniformisation des règles techniques et de normalisation est irréalisable dans de nombreux domaines.

En conséquence, la libre circulation doit être envisagée dans le cadre des diversités étatiques.

Ce qui implique l'élaboration d'un minimum d'harmonisation nécessaire. Puisque les "exigences impératives" (ou "exigences essentielles") - nous l'avons vu - sont, seules, susceptibles de faire obstacle à la libre circulation, l'intégration en la matière peut se limiter à une simple harmonisation en vue de la satisfaction par les États membres des mêmes exigences.

En d'autres termes, la plupart des mesures communautaires se borneront à imposer aux États membres le respect des "exigences" définies et précisées par le Conseil.

Au-delà de ce minimum, les États membres seront libres - dans l'attente, s'il y a lieu, d'une harmonisation totale et facultative réalisée par des organismes européens de normalisation (10)- de maintenir ou d'aménager les règles techniques ou les règles de normalisation nationales.

Car, il faut être réaliste : l'intégration de l'Europe ne peut se faire aujourd'hui que dans une grande diversité.

La tendance implique donc actuellement une certaine "dérégulation par harmonisation" laissant aux utilisateurs une relative liberté de choix (11).

ii) En ce qui concerne les nouveaux moyens dont dispose la Communauté, ils résident principalement dans les dispositions des articles 100 A et 100 B du Traité de Rome, tels qu'ils résultent de l'Acte Unique Européen.

Ces articles sont de nature à permettre assez rapidement la suppression des principales entraves à la libre circulation. (12).

L'article 100 A prévoit dans la seule perspective du "marché intérieur" une technique d'harmonisation plus souple que celle qui est utilisée par l'article 100 du Traité de Rome dans tous les autres domaines.

Cette souplesse se manifeste à un double point de vue :

- Le Conseil "arrête les mesures nécessaires" à la réalisation du marché intérieur, à la majorité qualifiée et non à l'unanimité ;

"concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation", J.O.C.E. n° C136 du 04 Juin 1985, p. 1).

(10) La Communauté peut, en effet, procéder à l'harmonisation en utilisant la technique du "renvoi aux normes" c'est-à-dire en accordant un mandat d'harmonisation aux organismes compétents pour compléter ses mesures immédiates. Voir à ce propos, D. Waelbroeck, "L'harmonisation des règles et normes techniques dans la C.E.E.", Cahier de Droit Européen 1989, p. 243 et suivantes.

(11) V. à ce propos E.A. Campo, "Dérégulation par harmonisation", R.M.C. 1985 p. 255.

(12) À l'exception toutefois des importantes entraves résultant des disparités fiscales. L'article 100 A exclut, en effet, de son domaine d'application l'harmonisation des "dispositions fiscales" qui reste donc soumise à l'unanimité de l'article 100.

- En contre partie, tout État membre peut, dans certaines conditions, appliquer ses dispositions nationales "justifiées par des exigences importantes visées à l'article 36 ou relatives à la protection du milieu de travail ou de l'environnement"... ou opposer des mesures de sauvegarde provisoires et contrôlées. (La souplesse de la technique procède ici du souci d'éviter une crise comparable à celle qui a secoué la C.E.E. en 1965). Il est préférable pour aller de l'avant le plus rapidement possible, de tolérer provisoirement une Europe à plusieurs vitesses, *donc une Europe intégrée dans la diversité.*

Quant aux dispositions de l'article 100 B, elles permettent à la Communauté d'imposer, selon la même procédure que celle de l'article 100 A, la reconnaissance réciproque des normes étatiques énumérées à partir d'un recensement établi par la Commission. Là encore, la technique est rapide et très souple : *elle implique une nouvelle fois la diversité.*

4 - L'existence de l'inévitable ou de la nécessaire diversité des règles européennes et nationales qui participent à la libre circulation des produits singularise, en ce domaine, l'influence des institutions et des normes communautaires sur les ordres juridiques internes.

A cet égard, il apparaît que la diversité qui résulte de cette influence se manifeste à un double point de vue :

- d'une part, on assiste dans le domaine de la libre circulation, à *une certaine concurrence entre l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques nationaux.* Les compétences respectives de l'Europe et des États membres, ne sont plus, en effet, réparties de manière exclusive mais de manière concurrente (I) ;

- d'autre part, on assiste, en outre, dans ce domaine, à une certaine confusion dans les rapports entre l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques internes ou dans les rapports entre les divers ordres juridiques nationaux. Cette confusion se caractérise notamment *par une relative concurrence des normes* (II).

I - LA CONCURRENCE DES COMPÉTENCES NORMATIVES.

5 - La diversité des dispositions qui doivent participer à la libre circulation des produits s'exprime principalement dans le cadre des rapports qui ont été prévus ou qui se sont aménagés entre l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques nationaux.

Ces rapports concernent, en particulier, l'exercice des compétences normatives qui tendent à l'harmonisation des règles techniques ou de normalisation.

En ce domaine, l'un des aspects les plus originaux de l'intégration projetée -qui, nous l'avons vu, ne peut se réaliser que dans la diversité- *réside dans une certaine concurrence entre les compétences communautaires et les compétences étatiques.*

Cette concurrence résulte directement de l'Acte Unique Européen. Elle témoigne d'une approche pragmatique des problèmes posés par la réalisation du marché intérieur et, par conséquent, d'une technique dépourvue de toute rigueur juridique.

6 - Avant l'entrée en vigueur de l'Acte Unique Européen, l'exercice des compétences normatives dans le domaine de la circulation des produits se fondait sur une démarche juridique cohérente.

Cette démarche, qui prévaut aussi dans les autres domaines, est la suivante :

- Ou bien la Communauté dispose en vertu du Traité de Rome d'une compétence réglementaire dans un domaine considéré. Et dans cette hypothèse l'exercice de cette compétence d'attribution s'exprime par la faculté pour la Communauté de régir le domaine, notamment par voie de règlements.

- Ou bien la Communauté ne dispose pas de compétence particulière dans le domaine considéré et, dans cette hypothèse, elle ne peut agir que par voie de directives (13). Dans ce cas, en effet, les États membres étant compétents, ceux-ci ont, seuls, la faculté de modifier les règles qui procèdent alors de l'ordre national (14).

Les dispositions générales de l'article 100 du Traité de Rome correspondent à cette situation. Lorsque la Communauté n'a aucun pouvoir pour réglementer un domaine dans le sens de l'intégration, cette réglementation nécessaire passe par la Directive, c'est-à-dire par la compétence normative des États dans leur ordre juridique interne.

Cette démarche logique est désormais remise en cause par les dispositions de l'Acte Unique Européen.

Les articles 8 A et 100 A, tels qu'ils résultent de cet Acte Unique, prévoient, en effet, la dévolution à la C.E.E. d'une véritable compétence générale concurrente de la compétence retenue des États pour procéder à "l'établissement du marché intérieur".

Car il n'est pas douteux que l'Acte Unique attribue à la Communauté une véritable compétence normative (A) et que cette compétence normative s'exerce concurremment avec les compétences retenues des États (B).

A- L'ATTRIBUTION À LA COMMUNAUTÉ D'UNE NOUVELLE COMPÉTENCE NORMATIVE

7 - Les termes des articles 8 A et 100 A du Traité de Rome ne permettent aucun doute : ces articles confèrent à la Communauté une véritable compétence normative pour tout ce qui concerne l'établissement progressif du "marché intérieur" et, en particulier, pour tout ce qui concerne la libre circulation des produits, car celle-ci constitue l'objectif essentiel de ce futur marché intérieur.

C'est ainsi que les articles 8 A et 100 A disposent à cet égard que la Communauté "arrête les mesures" nécessaires à la réalisation de ce marché.

(13) Certes l'article 235 du Traité de Rome permet au Conseil d'agir éventuellement par voie de règlements pour les actions nécessaires au "fonctionnement du marché commun". Cependant, outre que ces règlements ne peuvent être pris qu'à l'unanimité, il est évident que cet article se limite théoriquement aux domaines non réglementés par le Traité de Rome. Car, dans les domaines réglementés par ce Traité, la répartition des compétences entre la C.E.E. et les États résulte de ladite réglementation elle-même. Si aucune compétence n'a été dévolue à la C.E.E., les États conservent en ces domaines toutes leurs compétences propres.

(14) Dans le cas de la Directive, les États sont, en effet, "compétents" mais conventionnellement "obligés".

Il est évident que lesdites "mesures" ne se limitent donc pas à l'élaboration de directives mais peuvent, s'il y a lieu, consister en des règlements (15).

Dès lors, si la Communauté peut prendre des règlements dans un domaine considéré ou pour réaliser un objectif considéré, on doit admettre qu'elle a une compétence normative permanente -et non pas exceptionnelle - pour régir ce domaine ou poursuivre cet objectif.

Dans le cadre de l'article 100 A, la réalité de cette compétence est, en outre, particulièrement évidente dans la mesure où le Conseil statue à la majorité qualifiée.

Compte tenu de la primauté du droit communautaire, les États membres ont dû prendre quelques réserves à propos de l'exercice par la Communauté de sa compétence normative générale et permanente par voie de règlements.

Dans la déclaration n°4 de l'Acte final, lesdits États ont formulé ces réserves en ces termes :

- "La Commission privilégiera, dans ses propositions au titre de l'article 100 A § 1, le recours à l'instrument de la directive si l'harmonisation comporte, dans un ou plusieurs des États membres une modification des dispositions législatives".

Cette déclaration implique plusieurs conséquences :

- Elle signifie, tout d'abord, que les États membres reconnaissent que la Communauté dispose désormais d'une compétence normative générale et permanente et que ladite compétence peut s'exercer par voie de règlements.
- Elle signifie, ensuite, que les États membres expriment quelques craintes de voir modifier leur droit interne par voie de règlements pris à la majorité qualifiée.

Quoiqu'il en soit, nous le voyons, ces réserves étatiques confirment bien l'analyse des textes nouveaux : désormais la C.E.E. dispose d'une compétence normative générale et permanente qui peut s'exercer en tous domaines dès lors que cet exercice est nécessaire à la réalisation du "marché intérieur".

En particulier, la C.E.E. peut prendre toutes mesures participant à la suppression des entraves à la libre circulation des produits.

Or, cette compétence générale et permanente n'est pas exclusive ainsi que nous allons le voir.

L'originalité de la situation créée par l'Acte Unique Européen réside, en effet, dans le fait que la compétence communautaire s'exerce concurrentement avec les compétences normatives des États.

B- L'EXERCICE CONCURRENT DES COMPÉTENCES NORMATIVES

8 - La compétence dévolue par l'Acte Unique à la C.E.E., ne se trouvant circonscrite qu'aux regards d'un objectif (l'établissement d'un "marché intérieur"), il est évident qu'elle peut s'exercer dans tous les domaines susceptibles d'être réglementés, dans la mesure où elle participe à cet objectif

(15) Contrairement à la mise en œuvre de l'article 235, les règlements adoptés en vertu de l'article 100 A n'auront pas un caractère exceptionnel.

L'article 235 souligne, en effet, son caractère exceptionnel en limitant la compétence du Conseil au cas où le Traité n'aurait pas "prévu les pouvoirs d'action" nécessaires au fonctionnement du Marché Commun.

L'article 100 A, au contraire, attribue précisément à la C.E.E. ces pouvoirs d'actions.

Cette constatation est importante : elle permet d'affirmer que l'attribution de cette compétence réglementaire, générale et permanente, à la Communauté, n'a pas eu pour conséquence d'entraîner l'incompétence corrélatrice des États. En d'autres termes, la C.E.E. et les États membres ne peuvent désormais être que concurremment compétents, en tous domaines, dans la mesure où l'objectif du "marché intérieur" se trouve concerné.

Cette affirmation est évidente et n'appelle aucune remarque.

En effet, qui pourrait prétendre raisonnablement que les États membres ont été totalement dessaisis, dans tous les domaines (16), dès la mise en vigueur des articles 8 A et 100 A ? Une telle interprétation serait insensée.

Conformément à la théorie des compétences résiduelles (17), on ne peut nier aux États membres, alors même qu'aucune réglementation communautaire n'existe en la matière, le pouvoir de légiférer dans le cadre des prérogatives internes qui leurs sont propres, en vue notamment de poursuivre des objectifs légitimes en matière commerciale, économique, sociale, écologique, etc.... Sont donc, en particulier de la compétence des États membres, les "mesures internes" concernant par exemple, la production, la vente, le transport et l'utilisation des produits et, de manière plus générale, toutes celles que l'on désigne sous l'expression "règlements de police".

9 - La concurrence des compétences réglementaires de la Communauté et des États membres, dans le domaine notamment de la circulation des produits, peut avoir pour effet, compte tenu de l'interdépendance des domaines économiques, d'aboutir à certaines contradictions voire à certaines incompatibilités dans l'élaboration comme dans l'application des normes communautaires ou nationales.

Pour éviter de tels conflits, le recours à des mesures préventives s'avère donc nécessaire.

A cet égard, il convient d'insister sur les deux principales dispositions qui paraissent de nature à prévenir les conflits :

i) La première de ces mesures concerne -nous l'avons vu- l'exercice du pouvoir normatif communautaire.

Il est évident que la déclaration n°4 de l'Acte final -précitée- se justifie. Car, si l'on permettait à la Communauté de modifier -en tous domaines- les dispositions législatives préexistantes des États, cette modification conduirait fatalement à des contradictions ou à des incompatibilités dans les ordres juridiques internes.

Les dispositions législatives d'un État s'articulent, en effet, sur d'autres dispositions et l'interdépendance des normes étatiques est telle que la modification sommaire de l'une d'entre elles risquerait de rendre incohérent tout le domaine qui était préalablement réglementé.

(16) Si les articles 8 A et 100 A avaient pour effet de dessaisir les États membres, cet effet porterait à la vérité, sur tous les domaines, à l'exception toutefois du domaine fiscal, du domaine relatif à la circulation des personnes et de celui relatif aux droits des travailleurs (cf. Art. 100 A - § 2).

(17) V. à cet égard la directive de la Commission 70/50 C.E.E. et sa théorie concernant la problématique des "réglementations indistinctement applicables" et les commentaires de M. Mattera, op. cit. p. 254 et suivants.

Dès lors, seuls, les États peuvent valablement modifier avec nuances l'équilibre normatif de leur ordre interne.

Dans l'hypothèse de lois préexistantes, le recours à la directive -tel qu'il est prévu dans la déclaration n°4 de l'Acte final- est donc le seul moyen préventif de nature à éviter, par l'utilisation de mesures nationales spécifiques et adaptées, les conséquences fâcheuses de la concurrence entre les compétences normatives de la Communauté et des États.

En d'autres termes, dans cette hypothèse, les États membres entendent mettre un terme à ladite concurrence pour faire prévaloir pleinement leurs compétences normatives propres.

ii) La seconde mesure préventive qui doit être utilisée systématiquement -et qui est effectivement utilisée- résulte de la Directive n°83/189 du 28 Mars 1983. (18).

Cette directive prévoit une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques. Elle impose la notification préalable à la Commission des projets de législation, réglementation ou norme nationale qui énoncent des spécifications techniques pour les produits de fabrication industrielle.

Elle permet à la Commission d'étudier la conformité des projets notifiés avec la réglementation communautaire avant leur entrée en vigueur et d'éventuellement bloquer un certain temps tous projets de règles techniques obligatoires qui ne seraient pas conformes au droit européen.

La directive de 1983 constitue donc une mesure préventive efficace qui fonctionne depuis 1984 et qui a déjà permis à la Commission d'éviter de nombreuses entraves à la libre circulation des produits dans plusieurs centaines de cas et de proposer aussi de nombreuses règles d'harmonisation.

Dès lors, nous le voyons, l'exercice des compétences normatives concurrentes de la Communauté et des États, fait désormais l'objet, pour les unes comme pour les autres, de mesures préventives de nature à éviter les conflits :

- la déclaration n°4 de l'Article Final limite dans ce but l'exercice des compétences normatives de la Communauté ;
- la directive de 1983 limite aussi, et pour les mêmes raisons, l'exercice des compétences normatives des États dans le domaine de la circulation des produits.

10 - En définitive, nous le voyons, l'analyse des compétences respectives de la Communauté et des États révèle que l'objectif d'intégration de l'Europe dans la perspective du marché intérieur -et principalement de la libre circulation des produits- impose la souplesse et la diversité et que cette diversité s'exprime, non seulement par la concurrence des pouvoirs mais encore par l'aménagement de certaines mesures préventives de nature à éviter les conflits.

La technique d'intégration prévue par l'Acte Unique est donc essentiellement pragmatique et procède, avant tout, d'un souci d'efficacité.

(18) J.O.C.E. n° L. 109 du 26/04/1983, p. 8.

Cette constatation qui concerne la répartition des compétences, se trouve confirmée par l'existence d'une approche similaire dans la mise en œuvre des normes qui découlent de l'exercice de ces compétences.

A cet égard, en effet, la nécessaire diversité qui résulte de cette approche, se caractérise aussi par la concurrence et par la relative portée des normes en vigueur.

II - LA CONCURRENCE DES NORMES

11 - La recherche d'une certaine souplesse d'intégration révèle, dans le domaine de la circulation des produits, une grande diversité des normes applicables dont la coexistence ne s'exprime pas toujours en termes de hiérarchie mais souvent en termes de concurrence.

Cela est vrai non seulement en ce qui concerne les rapports entre les normes communautaires et les normes nationales (A), mais encore en ce qui concerne les rapports qui résultent de la confrontation des diverses normes nationales (B).

A - LA CONCURRENCE ENTRE LES NORMES COMMUNAUTAIRES ET LES NORMES NATIONALES

12 - L'harmonisation totale des normes et règles techniques des États pose un certain nombre de problèmes économiques. En particulier, il est difficilement concevable que, dans un secteur donné, la production d'un État membre, qui est conforme aux normes et règles techniques de cet État, puisse à court terme s'adapter à une réglementation ou une normalisation européenne nouvelle.

C'est la raison pour laquelle, dans le but d'éviter les problèmes économiques et les inconvénients pratiques de l'harmonisation totale, la Communauté utilise depuis quelques années une méthode plus souple : celle de l'harmonisation optionnelle.

Cette méthode consiste, pour la Communauté, à édicter des règles communautaires facultatives qui coexistent avec les dispositions nationales en vigueur.

Les utilisateurs ont alors le choix de se conformer aux unes ou aux autres. Les produits fabriqués conformément aux dispositions nationales d'un État membre sont légalement mis en marché sur le territoire de cet État. Il en est de même pour les produits fabriqués conformément aux dispositions communautaires, lesquels bénéficient, en outre, de la libre circulation dans tout le marché commun.

La méthode de l'harmonisation optionnelle se caractérise donc par sa souplesse et son pragmatisme.

Elle débouche, encore une fois, sur la concurrence entre l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques nationaux.

En effet dans cette méthode d'intégration, les normes communautaires ne prévalent pas sur les normes nationales. Il n'y a pas de primauté du droit communautaire mais une concurrence effective entre les normes européennes et les normes nationales qui coexistent sur un pied d'égalité.

La recherche de la souplesse et de l'efficacité, nous le voyons, aboutit de nouveau, et nécessairement, à la diversité.

13 - La méthode de l'harmonisation optionnelle risque de se généraliser à l'avenir compte tenu de la "nouvelle approche" en matière d'harmonisation technique et de normalisation.

Depuis la jurisprudence "Cassis de Dijon", nous l'avons vu, la Communauté utilise une "nouvelle approche".

Cette "nouvelle approche" préconise une harmonisation limitée, par voie de directive sur le fondement de l'article 100 A, aux seules "exigences essentielles" d'intérêt général (19).

L'utilisation d'une telle méthode est beaucoup plus souple que l'harmonisation totale. Elle "permet à la directive communautaire de ne procéder qu'à une harmonisation des principes de base et de renvoyer pour le surplus à des règles et normes techniques émanant d'institutions spécialisées, généralement le C.E.N. / C.E.N.E.L.E.C." (Comité européen de normalisation/de normalisation électrotechnique).

"La nouvelle approche a ainsi le mérite de concentrer le travail des instances politiques sur les exigences principales en matière de santé et de sécurité, en confiant à des instances spécialisées le soin de définir les spécifications techniques et de les adapter au progrès technologiques" (20).

En principe, les "normes" harmonisées par ces institutions spécialisées n'auront pas un caractère contraignant. Il s'agira, pour la plupart des produits, de simples "spécifications techniques" mises à la disposition des producteurs sans toutefois leur être imposées.

Comme dans l'harmonisation optionnelle, ces spécifications techniques définies au niveau communautaire auront ainsi un caractère facultatif.

Par sa souplesse, la "nouvelle approche" permet, nous le voyons, de réaliser un équilibre entre une harmonisation communautaire des règles essentielles et une certaine liberté pour les producteurs qui pourront réaliser une gamme de produits aussi large que possible plutôt que de se conformer à un type normalisé "d'europroduit".

Là encore, cette recherche de la souplesse et de l'efficacité conduit à la diversité. Et, là encore, cette nécessaire diversité bouleverse le schéma juridique traditionnel.

La norme communautaire, en effet, coexiste avec la norme nationale, sur un pied d'égalité et la solution théorique, fondée sur la hiérarchie des normes et sur la primauté du droit européen, n'est plus de mise dans une approche pragmatique et souple de la réglementation juridique.

Cette constatation, qui concerne les rapports entre l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques nationaux, se trouve, en partie, confirmée dans le domaine de la confrontation entre les divers ordres juridiques internes.

En ce domaine, on assiste aussi à une relative concurrence des normes en vigueur.

(19) En application de la jurisprudence "Cassis de Dijon", cette harmonisation limitée est suffisante pour permettre la libre circulation des produits car les États membres ne peuvent entraver cette circulation qu'au nom "d'exigences essentielles".

Dès lors, si lesdites exigences sont satisfaites sur tout le territoire européen, aucun Etat ne peut s'opposer à la libre circulation.

(20) D. Waelbroeck, op. cit., p. 255 et 256.

B - LA CONCURRENCE ENTRE LES NORMES NATIONALES DES DIVERS ÉTATS MEMBRES

14 - Le nouvel article 100 B du Traité de Rome, tel qu'il résulte de l'Acte Unique Européen, permet à la Communauté d'imposer, à la majorité qualifiée, la reconnaissance réciproque des normes étatiques énumérées à partir d'un recensement établi par la Commission.

Cela signifie qu'en application de cet article 100 B, les normes d'un État membre devront être admises par les autres États membres dans la perspective de la libre circulation.

Il en résulte, tout d'abord, que la législation d'un État membre n'aura, dans ses rapports avec les autres législations étatiques, qu'une portée relative : les normes de cet État ne s'imposeront qu'en ce qui concerne la production et la première mise en marché dans son propre territoire. Mais ces normes n'auront aucune portée sur la circulation et la mise en marché des produits importés en provenance d'autres États membres.

L'ordre juridique communautaire, découlant de la mise en œuvre de l'article 100 B, aura donc un premier effet sur les ordres juridiques internes : les règlements de police nationaux ne seront plus ni d'application générale ni d'application exclusive. Ils auront une portée relative sur le territoire national car ils ne concerneront qu'une partie des produits vendus sur ce territoire.

Les règles applicables aux produits importés émanant des autres États membres entreront ainsi en concurrence et, sur un pied d'égalité, avec les règlements de police du pays importateur.

Inversement l'ordre juridique communautaire découlant de la mise en œuvre de l'article 100 B aura pour effet d'étendre la juridiction des ordres internes.

Car les règlements de police d'un État membre concernant la fabrication et le commerce d'un produit, auront une portée internationale relative en cas d'exportation dudit produit sur le territoire d'un autre État membre : l'État importateur devra, en effet, admettre la législation de l'État exportateur.

Cette portée et cette extra-territorialité relatives des dispositions nationales vis-à-vis des autres législations, se justifient, encore une fois, par la recherche de la souplesse et de l'efficacité. Et, encore une fois, cette diversité s'exprime, nous le voyons, par la concurrence des normes ; une concurrence contraire aux règles traditionnelles du Droit.

CONCLUSION

En matière de circulation des produits, l'intégration de l'Europe impose nécessairement la diversification des règles applicables et, par voie de conséquences, l'abandon des règles traditionnelles du Droit.

Dès lors, les ordres juridiques communautaire et nationaux auront tendance à se concurrencer sur un seul et même territoire.

Paradoxalement, la juxtaposition de multiples règles applicables et l'interpénétration d'ordres juridiques distincts auront pour effet de conférer plus d'efficacité à l'établissement d'un marché unique, c'est-à-dire à l'unité de l'Europe. De même, -et tout aussi paradoxalement- la pluralité des normes imposées, loin d'être contraignante pour les acteurs économiques, aura pour effet de leur permettre d'agir plus librement.

SUGGESTIONS POUR UNE APPROCHE DES MÉTHODES D'INTÉGRATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE AU DROIT FRANÇAIS

(Droit des affaires, Droit international privé)

Par

Emmanuel PUTMAN
Professeur à l'Université de La Réunion

1. - Des mythes

Parce que le temps de certains combats d'arrière-garde ne semble pas encore passé (v. proposition de loi constitutionnelle P. Mazeaud et J.-L. Debré portant révision de l'article 55 de la Constitution, Doc. Ass. Nat. n° 1633, 9 octobre. 1990), l'effort que l'on ébauchera ici, afin de dédramatiser le processus d'intégration du droit communautaire au droit français, ne sera peut-être pas inutile. Au mythe de l'Union européenne arrivé non loin de son point culminant, s'oppose chez quelques-uns le "contre-mythe" d'un droit imposé d'en haut aux souverainetés nationales et les tenant captives (v. à ce propos dernièrement L. Dubouis, "Règlement communautaire et loi nationale postérieure", R.F.D.A. 1991-1, 172 et s., spéc. 174-175).

On se propose l'hypothèse de travail inverse : que, grâce à des facteurs d'indétermination et de variabilité de la norme communautaire, chaque État membre dispose finalement d'une marge de manœuvre assez importante, et que l'osmose du droit communautaire avec les droits nationaux peut se réaliser par des mécanismes d'interaction, les droits nationaux inspirant le droit communautaire qui les irradie en retour.

2. - Une réalité

Sûrement la problématique de l'intégration au droit positif français du droit communautaire est moins simple qu'un discours assez courant le laisse entendre. L'invocation incantatoire de l'effet direct engendrant un ordre juridique intégré tel un bloc monolithique à notre droit objectif ne saurait masquer le vide juridique qui se crée pour un temps lorsque telle directive n'est pas relayée par les textes internes d'application. De combien de procès

faudra-t-il payer la certitude de la voir respectée ? Encore est-ce un moindre mal si contentieux il y a. Mais certaines directives ne suscitent-elles pas une conspiration du silence des juristes nationaux qui ne savent comment les interpréter ? Ainsi la directive sur la responsabilité du fait des produits du 25 juillet 1985, théoriquement applicable en France depuis le 30 juillet 1988, aura-t-elle au jour où nous écrivons fait couler plus l'encre des commentateurs et auteurs d'avants-projets que celle des avocats (v. d'ailleurs, dans le commentaire du projet de loi français du 23 mai 1990, *Gaz. Pal.* 17-18 octobre. 1990, *doctr.*, 17, par P. Level, l'édifiante comparaison de l'état d'avancement de l'intégration de la directive dans les différents États membres).

3. - Des remèdes

Les autorités nationales elles-mêmes reconnaissent que, si l'Europe est peut-être un mythe, la "non-Europe" est sûrement une réalité. Une circulaire du premier ministre du 25 janvier 1990 (*JORF* 1er février 1990) met en œuvre un double remède. Lors de la négociation de la directive en Conseil des ministres des Communautés, les instances nationales fournissent au secrétariat général du comité inter-ministériel pour les questions de coopération économique européenne (S.G.C.I.) la liste des textes internes à prendre ou à modifier en cas d'adoption de la directive. Dans les trois mois suivant l'adoption de celle-ci, chaque ministre devra établir un échéancier et un avant-projet, la coordination de ces mesures incombant au S.G.C.I.

Outre le souci "d'harmoniser l'harmonisation" en s'efforçant de corriger l'actuelle intégration des directives à des dates et avec des modalités différentes selon les États membres, se manifeste la volonté d'infléchir le cours de la discussion de la directive en fonction de l'état antérieur des droits nationaux. Il est clair qu'une directive qui risque de perturber les ordres juridiques nationaux établis ne sera pas négociée comme une autre aisément transposable. De même la loi du 10 mai 1990, dans son article 5, prévoit que les délégations parlementaires aux Communautés européennes examineront les projets de règlements et directives avant leur adoption par le Conseil (v. le commentaire de M. Roy, *RRJ* 1991-1, p. 13 et s.). Il en est de ces mesures comme des cures thermales : elles visent à nous guérir lentement de la non-Europe, par les vertus de la médecine douce.

À l'image de leurs institutions, les juristes de la Communauté devront peut-être bien faire l'Europe en homéopathes, voire en rebouteux et soigner la non-Europe, par les plantes. C'est que la méthodologie juridique, ici, est sans doute plus un art qu'une science, et peut difficilement imposer un système. Elle ne peut être, à l'image de la sociologie juridique du doyen Carbonnier, que "sans rigueur". Empruntons donc à ce maître un de ses mots : à une pratique à géométrie variable, ne peut guère répondre qu'une logique flexible.

I - UNE PRATIQUE À GÉOMÉTRIE VARIABLE

La succession de points de vue opposés est instructive : ce qui, vu depuis la norme et les institutions communautaires, apparaît essentiellement comme une coordination des procédures, révèle beaucoup plus, observée depuis les États membres, l'interaction des contenus.

A - LA COORDINATION DES PROCÉDURES

4. - Monisme ou pluralisme juridiques

Il semble de prime abord que l'intégration ne se présente pas de même selon que les sources communautaires ambitionnent de créer du droit "à dimension communautaire" ou, ce qui est bien différent, du "droit commun des États membres". Les articles 85 et 86 du Traité de Rome fondent un modèle communautaire de réglementation des ententes et abus de domination superposable aux modèles nationaux avec lesquels il coexiste grâce à une répartition des compétences. Les comportements qui n'affectent pas le commerce entre États membres vont relever du droit national concerné ; ceux qui ont une dimension communautaire, du droit communautaire. En revanche la directive sur la S.A.R.L. unipersonnelle ne vise pas à créer une société unipersonnelle européenne, mais simplement un droit commun des États membres relativement à la question de la société unipersonnelle : les droits nationaux vont incorporer à leurs dispositions un corps de règles, fort proches d'un pays à l'autre, sur cette forme sociétaire. Pour une vue théorique simpliste, la question de l'intégration devrait se poser uniquement dans le second cas. Dans le premier deux ordres juridiques se superposent sans s'interpénétrer. Ils ont des degrés d'autorité hiérarchisés (l'ordre communautaire provient de normes supérieures) et des degrés d'invocabilité égaux (les ressortissants d'un État membre peuvent invoquer en justice le droit communautaire comme leur propre droit). Mais ils demeurent des ordres distincts traduisant un pluralisme juridique.

Dans le second cas au contraire, le droit communautaire "est" notre droit national, et notre droit national doit être -à peu près- le droit national de chacun des autres États membres. La construction communautaire tend à instaurer un monisme juridique. Comment y parvenir ? Ce serait justement tout notre sujet.

5. - Cumul ou renvoi

En réalité, chacun sait qu'une entente ou un abus de position dominante peuvent avoir "à la fois" d'une dimension nationale "et" communautaire (v. pour une illustration, Paris 28 janvier 1988, D. 1989, 499). Simplifiant la jurisprudence, on dira qu'elle coordonne les deux ordres juridiques par deux principes : la primauté et le cumul. Le même comportement pourra être poursuivi à la fois à l'échelon national et à l'échelon communautaire, par les autorités compétentes. Le juge national, s'il y a risque d'incompatibilité entre son droit national et le droit communautaire, devra faire prévaloir ce dernier (Cf. les développements de Gavaldà et Parléani, "Droit communautaire des affaires", n° 1172 et s.). Non seulement l'hypothèse, contrairement à la première apparence, intéresse notre propos, mais le procédé jurisprudentiel résulte de la nature même du pluralisme juridique. Les deux ordres juridiques bénéficient d'une invocabilité égale, d'où le cumul des compétences ; ils ont une autorité hiérarchisée, d'où la primauté communautaire.

L'article 9 du règlement du 21 décembre 1989 sur les concentrations, siège d'une procédure de coordination "à l'essai" qui devra être réexaminée

avant la fin de la quatrième année suivant l'adoption du règlement, retient la solution inverse, celle du "renvoi des compétences". Il déroge à l'article 21 lequel, en réservant à la Commission la connaissance des concentrations de "dimension communautaire", pose le principe du "non-cumul" des compétences. Normalement les législations nationales ne doivent pas être appliquées aux concentrations de "dimension communautaire". Mais l'article 9 permet un renvoi aux autorités des États membres. Si un État indique à la Commission qu'une concentration menace de créer ou de renforcer un abus de position dominante sur un marché distinct à l'intérieur de cet État, même s'il ne s'agit pas d'une partie substantielle du marché commun, la Commission peut soit traiter elle-même le cas, soit le renvoyer aux autorités nationales pour qu'elles appliquent leur loi nationale.

6. - Renvoi à option

C'est donc un mécanisme de "renvoi à option", qui se dédouble :

- d'une part, la possibilité d'un retour à l'État membre. On a appelé cela "la clause allemande" parce que la R.F.A. a particulièrement insisté pour l'insérer. Si l'on détaille quelque peu le schéma, il se présente de la manière suivante. Soit l'initiative est prise par l'État membre concerné, soit elle est prise par la Commission. Si l'initiative est prise par l'État membre, la commission a le choix entre trois attitudes : accepter le renvoi, le refuser, ou ne rien dire, ce qui équivaut à une acceptation. On a voulu que des concentrations qui ont la "dimension communautaire", c'est-à-dire qui atteignent les seuils de chiffres d'affaires définis par le règlement, mais qui n'ont d'effet sensible que dans un État membre, puissent être remises à sa compétence. Encore ne s'agit-il que d'un "renvoi limité" puisque l'État ne peut prendre que les mesures "strictement nécessaires" pour préserver ou rétablir une concurrence effective ;
- d'autre part, la possibilité d'une extension de la compétence de la Commission. En effet, la Commission peut décider d'examiner elle-même le dossier. Elle peut, même, le faire dans un cas où l'opération qui crée ou renforce un abus de position dominante sur le territoire d'un État membre n'a pas la "dimension communautaire". Elle ne devrait théoriquement pas en connaître. Mais cela lui permet notamment d'intervenir à l'égard d'opérations qui affectent des États membres n'ayant pas de contrôle des concentrations (c'est actuellement le cas des États du Benelux). Autrement dit le droit communautaire se réserve une vocation subsidiaire pour combler les lacunes des droits des États membres.

La compétence de la Commission pour décider du renvoi ou non aux autorités nationales paraît relever de l'adage "nul n'est si bien servi que par soi-même". Mais rien n'interdit de choisir l'optique inverse et, en juristes français un peu "unilatéralistes", de réfléchir depuis Aix-en-Provence ou Saint-Denis de La Réunion à la manière dont le droit communautaire pourrait être intégré à notre droit depuis, disons, Paris... et de nous flatter alors de l'interaction des contenus.

7. - Les "petits pas" du législateur français

La réalité de l'intégration, et ses nuances peuvent se jauger en effeuillant un florilège d'exemples. Qu'y voit-on ? Que le législateur français adoptant les règlements ou adaptant les directives, fait un parcours de petits pas, et peint en demi-teintes une législation qu'en jargon de théâtre on qualifierait de "demi-caractère".

Un pas en avant, un pas en arrière... : en matière de démarchage la loi du 23 juin 1989 n'a pas suivi les auteurs de la directive du 20 décembre 1985 de protection des consommateurs dans les contrats négociés hors des établissements commerciaux, qui voulaient exclure de la protection le démarchage pratiqué à la demande du consommateur lui-même. Mais les lois du 23 juin et du 31 décembre 1989 interdisent dans les crédits mobiliers au consommateur les clauses subordonnant à indemnité le remboursement anticipé du prêt, conformément cette fois à une directive européenne du 22 décembre 1986 (v sur la loi du 23 juin 1989, les commentaires de MM. Boulloc, Rev. trim. dr. com. 1989, 512, et Coeuret, Rev. trim. dr. civ. 1989, 634 ; sur la loi du 31 décembre 1989, Chatain, A.L.D., 1990, 43 et s.).

Un pas chacun : les dispositions de la loi du 2 août 1989 concernant les prises de participation dans les sociétés cotées sont significatives de l'osmose par petites touches du droit français et du droit communautaire. La directive du 12 décembre 1989 (JCP 1989, III, 62201) précise le détail de la procédure d'information et les seuils de participation au-delà desquels l'information a lieu : le "gros" était déjà prêt chez nous dans la loi du 12 juillet 1985 et notre droit positif peut donc accueillir la directive sans difficulté. En revanche la notion "d'action de concert" visant à la prise de participation prolonge, dans la loi du 2 août 1989, certaines dispositions de la directive de 1988 (sur la loi du 2 août 1989, v. Viandier, JCP 1989, édit E, II, 15612). En effet la directive assimile aux droits de vote détenus par une personne ceux possédés par un tiers avec qui elle a conclu un accord définissant une politique commune de la gestion de la société. Le nouvel article 356-1-3 de la loi du 24 juillet 1966, issu de la loi du 2 août 1989, vise lui aussi les accords en vue d'exercer des droits de vote pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société-cible.

Un pas en avant, un pas de côté ? Le G.I.E. français, après avoir inspiré le G.I.E. communautaire, en reçoit l'effet "boomerang" : la loi du 13 juin 1989 comporte, outre des dispositions relatives au G.E.I.E. implanté en France, d'autres qui apportent de notables retouches au G.I.E. "purement français". Mais c'est une histoire sans fin, car la loi confère au G.I.E. le bénéfice du statut des baux commerciaux alors qu'on est en train de se demander si ce statut survivra à l'unification européenne ...

8. - Les petits textes du législateur communautaire

Le droit communautaire lui-même adopte parfois une démarche similaire : lui aussi a ses "petits" textes, petits par la faible force contraignante ou l'étroitesse du domaine d'intervention.

La recommandation de la Commission du 17 novembre 1988 sur les relations entre titulaires et émetteurs de cartes de paiement (JCP 1989, II, 62202) est intéressante, malgré son caractère de droit "très mou", parce qu'elle

rejoint sur plusieurs points des solutions déjà familières à la jurisprudence française, tout en invitant parfois à retoucher celle-ci. D'après la recommandation, le titulaire doit assurer la sécurité du code confidentiel et, en cas de perte ou de vol, aviser l'émetteur "sans délai excessif" pour ne pas être responsable. Mais, et cette précision n'était pas évidente pour les juges français, c'est à l'émetteur qu'il incomberait de prouver que le paiement électronique n'a pas été affecté par une déficience du système (comp. Montpellier 9 avril 1987, JCP édit E, 1988, n° 15134).

Dans le droit des groupements, les grandes réformes communautaires paraissent l'apanage des règlements (exemple, le G.E.I.E.), le "petit train" des toilettes ponctuelles de textes, étant réservé à la myriade des directives intéressant les sociétés, moins ambitieuses et plus analytiques. Ainsi la douzième directive du 21 décembre 1989 sur la S.A.R.L. à un seul associé respecte les traditions juridiques nationales puisque l'organisation de la S.A.R.L. unipersonnelle n'est pas obligatoire là où est admis le patrimoine d'affectation. Mais elle est décevante pour le juriste français car elle n'apporte rien de bien nouveau sous son ciel. Sur plusieurs points le dispositif communautaire existe déjà en droit français : par exemple l'obligation de consigner par écrit les décisions de l'associé unique prises à la place de l'assemblée générale. Sur d'autres il est moins exigeant que la loi de 1966, ainsi les conventions entre l'associé unique et la société doivent simplement être passées par écrit avec dispense pour les actes de gestion courante. La directive n'innove qu'avec une formulation conditionnelle qui laisse aux autorités nationales une totale liberté de manoeuvre : elle admet la création de S.A. uni-personnelles, si un État membre autorise l'actionnaire unique, nouvel exemple de renvoi à la législation nationale.

Aussi voit-on que l'on souligne trop les délégations de souveraineté consenties par les États membres aux Communautés, et pas assez les formes de délégation de compétence de la Communauté elle-même. On exagère l'importance des "acquis communautaires", l'élaboration de principes de plus en plus complets, rigides et irréversibles, en ne relevant pas assez qu'ils peuvent n'être que la traduction, parfois édulcorée, d'acquis des droits nationaux.

Cette pratique à géométrie variable pourrait cependant laisser croire que dans la diversité des normes communautaires, la logique de l'intégration est plus ou moins souple selon la force de la norme : accommodantes quand il s'agit de recommandations et même de directives, les institutions communautaires tiendraient à contrôler de plus près le processus d'intégration quand il s'agit d'un règlement, comme en matière de concentrations. Mais on est au contraire enclin à rechercher, quel que soit si l'on peut dire le degré d'"obligatorité" de la norme la constance du problème d'intégration, et la fidélité du droit à une logique toujours flexible.

II - UNE LOGIQUE FLEXIBLE

Comment caractériser le raisonnement qui préside à l'intégration du droit communautaire dans le droit français des affaires ? On le qualifierait volontiers de "transversal", car procédant de manière sensiblement analogue quel que soit le type de norme communautaire concerné : tout texte communautaire confronté au droit national crée problème dans la mesure où surgit un conflit de normes, qui "mutatis mutandis" n'est pas sans parenté avec le con-

flit des lois cher aux internationalistes, dont la propre méthode peut donc être riche d'enseignements.

A - APPROCHE TRANSVERSALE

Il faut aller au-delà du classique binôme règlement-directive : la logique de l'intégration leur est en réalité largement commune.

9. - Règlement et directive : "même combat" ?

Leur différence, bien connue, réside dans la distinction des fins et des moyens : le règlement étant obligatoire sur ces deux points alors que la directive laisse les moyens aux États, l'intégration du premier dans l'ordre juridique national doit se faire "ne varietur" alors que les autorités de l'État membre n'ont pas, pour l'intégration de la directive, une compétence aussi étroitement liée. Tel est du moins le principe. La réalité doit être beaucoup nuancée car de plus en plus de règlements laissent aux États d'assez larges possibilités d'appréciation, de sorte que la loi chargée de mettre en œuvre le règlement n'intervient plus d'une manière fondamentalement différente de celle qui appliquerait une directive. Dans les deux catégories de textes la gamme de dispositions permettant de "donner du jeu" à l'intégration -les "dispositions-bretelles" dirait-on, en pensant au nautonnier de Rudyard Kipling- est en fait le même. L'opposition règlement-directive s'atténue, au point de suggérer un rapprochement avec la distinction constitutionnelle guère respectée semble-t-il en pratique, des matières où la loi fixe les "règles" et de celles où elle fixe les seuls "principes fondamentaux".

Ainsi, dans la directive sur la responsabilité du fait des produits, deux techniques sont employées pour laisser le champ libre aux États sur des questions essentielles du régime de responsabilité : le renvoi et l'option. Elle renvoie par exemple aux lois nationales la question des "dommages immatériels" (*pretium doloris*, dommage moral) et laisse aux États une option sur le point de savoir si le producteur doit supporter le "risque de développement" - en clair, la question de savoir s'il est responsable du seul fait qu'un produit plus perfectionné que le sien est apparu sur le marché.

Comparons-lui le règlement communautaire sur le G.E.I.E. Il apparaîtrait comme un socle auquel la loi du 13 juin 1989 est venue greffer ses innovations sur des points où le règlement ne dit rien, ou renvoie à la loi de l'État du siège social, ou offre une option aux États membres. Or il se trouve que ces points concernent des aspects très importants du régime du G.E.I.E. Dans la mosaïque d'options offertes par le règlement, la loi en a utilisé certaines, d'autres non : elle admet la possibilité d'avoir une personne morale comme gérant, mais ne limite pas le nombre de membres ni la participation de catégories professionnelles. La loi française se permet même des dispositions qui -un comble dans une matière où le mot d'ordre est l'harmonisation- risquent d'engendrer des distorsions avec les autres États membres. La personnalité morale est reconnue au G.E.I.E. dès son immatriculation : quid s'il a son siège à l'étranger dans un pays comme l'Allemagne qui ne lui reconnaît pas la personnalité juridique ? (Sur tous ces points v. Guyon, A.L.D. 1989, 169 et s., spéc. 174). Il y a bel et bien un G.E.I.E. "à la française", et sa source

première est pourtant un règlement, qui aurait pu en théorie faire des États membres de simples exécutants.

10. - Un quatuor méthodologique

On le voit, les textes communautaires eux-mêmes permettent d'introduire dans le passage de la norme communautaire à la norme nationale une dose d'indétermination. Quel que soit le texte, quatre situations sont identifiables, par ordre de variabilité croissante :

- disposition destinée à être transplantée telle quelle,
- option laissée aux États entre plusieurs "jeux" de dispositions,
- renvoi par la norme communautaire aux lois de chaque État membre,
- silence de la norme communautaire.

Cette typologie est très constante. En particulier, qu'il s'agisse de règlements ou de directives, les dispositions communautaires usent abondamment de la formule de l'option. Par exemple, la directive du 18 décembre 1986 sur les agents commerciaux, en application depuis le 1er janvier 1990, prévoit que l'agent a droit à un contrat écrit mais que chaque État membre peut prescrire que le contrat ne sera valable qu'à cette condition, faisant de l'écrit, plus qu'un droit, une obligation. Quant à l'indemnité de fin de contrat, les États ont le choix entre deux techniques : "indemnité" calculée selon certains critères, ou "réparation du préjudice" subi par l'agent (v. *Leloup*, JCP 1987, I, 3308). L'option est assurément la vedette de notre quatuor de techniques d'intégration (v. la loi française d'application du 25 juin 1991, JCP 1991, III, 64839).

Autre technique fréquente, le renvoi aux lois nationales fait inévitablement penser à la méthode du droit international privé, d'autant que les règlements et directives ne renvoient pas toujours à la loi de chaque État membre, mais parfois à une loi étatique désignée en fonction d'un élément de rattachement : la loi de l'État du siège social, par exemple. Cela invite à esquisser un parallèle entre la coordination droit communautaire-droit national, et le conflit de lois.

B - APPROCHE CONFLICTUALISTE

11. - En droit communautaire substantiel

Comparaison entre une carpe et un lapin ? Pas tant que cela. Le juge qui doit trancher un conflit de lois le fait, au moins dans la démarche traditionnelle du droit international privé, avec une certaine neutralité : plusieurs lois possibles, dont la sienne, sont en présence. Généralement, l'une n'est pas hiérarchiquement supérieure aux autres, toutes ont une vocation à s'appliquer ; mais généralement aussi, il ne doit en choisir qu'une seule : celle à laquelle le conduisent les rattachements les plus pertinents. Les divers droits en présence sont d'autorité égale ; mais ils ne sont pas d'invocabilité égale : un seul a normalement vocation à s'appliquer. Cependant, à l'exception certaine du mécanisme de la fraude, et à celle, incertaine, des lois de police étrangères, les correctifs au raisonnement conflictualiste du juge le ramènent souvent à sa propre loi : ainsi l'ordre public international n'est-il que celui de la "lex fori".

Le juge qui hésite s'il faut appliquer le droit "à dimension communautaire" ou le droit à "dimension nationale" a, lui aussi, une sorte de conflits de droits à résoudre, ou plutôt à éviter. L'un des droits est hiérarchiquement supérieur à l'autre, pourtant ils ont la vocation tous deux à s'appliquer ; mais les correctifs, plutôt que d'amener le juge à appliquer sa propre loi, à statuer "lege fori", le conduisent à privilégier le droit communautaire. C'est exactement ce qui se passe en matière d'ententes et d'abus de position dominante.

12. - En droit international privé communautaire

Il faut aller plus loin dans la comparaison entre l'intégration communautaire et le conflit des lois. Le droit international privé communautaire est le lieu par excellence où l'on peut observer la rencontre de ces deux méthodes. Une conflagration, dont naissent quelques lumières.

On trouve une typologie de règles, très semblables, dans diverses conventions communautaires. Par exemple la convention de reconnaissance mutuelle des sociétés au sein de la Communauté (Convention de Bruxelles du 29 février 1968). Ce texte accorde la reconnaissance de plein droit dans toute la Communauté, aux sociétés constituées en conformité avec la loi d'un État membre et ayant dans un État membre leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement. Toutefois, un État membre peut refuser de reconnaître une société dont le siège réel est hors Communauté si elle n'a pas de lien sérieux avec l'économie d'un État membre et, par ailleurs, si une société a son siège statutaire dans un État membre et son siège réel dans un autre, l'État du siège réel peut appliquer à la société les dispositions de sa loi qu'il considère comme impératives. (Sur tous ces points, v. Y. Loussouarn, "Le rattachement des sociétés et la C.E.E.", Mél. Teitgen, 239 et s.).

13. - Les règles de conflit, les règles matérielles... et les autres

Cette convention montre que la méthode d'intégration du droit communautaire n'est pas monolithique, que toutes les règles communautaires n'ont pas la même force de pénétration. L'énoncé d'une règle de droit communautaire matériel s'imposant inconditionnellement aux États témoigne de l'intégration la plus poussée : ainsi de la reconnaissance de plein droit octroyée aux sociétés satisfaisant les exigences du texte. Avec la possibilité pour l'État du siège réel d'appliquer son droit impératif à la société dont le siège statutaire est ailleurs dans la Communauté, l'intégration est déjà moins poussée puisque l'État du siège réel appliquera sa loi nationale. C'est l'édiction d'une simple règle communautaire uniforme de conflits de lois déterminant la "lex societatis". Enfin, une délégation pure et simple au droit matériel d'un État est parfois réalisée sous couvert d'une apparente règle de conflit. Ainsi la reconnaissance est-elle subordonnée à la capacité juridique "minimale" d'être titulaire de droits et d'obligations. Or cette capacité n'est pas appréciée selon un critère défini par la Convention, il n'en existe pas de "notion communautaire" : elle est déterminée par la loi en conformité avec laquelle la société a été constituée. À première lecture, on se croira en présence d'une règle communautaire de droit international privé uniforme, qui

pourrait s'énoncer ainsi : la capacité d'une société est régie par la loi de sa constitution (ce que les Anglais appellent la loi de "l'incorporation"). Mais en vérité, une condition essentielle d'application du texte est abandonnée aux règles matérielles en vigueur dans un État-membre.

Il peut d'ailleurs y avoir un "panachage" de ces divers types de dispositions. Ainsi la convention prévoit-elle que la capacité accordée par la loi de "l'incorporation" peut être réduite par la loi de l'État où la société vient s'établir, mais pas "ad libitum" : un minimum doit être assuré, capacité d'être titulaires de droit et d'obligations, de contracter, d'ester en justice. Une règle uniforme de conflit, qui départage la loi de "l'incorporation" et celle de l'État d'accueil, est combinée avec une règle de droit matériel uniforme, le minimum intangible de capacité.

14. - Le juge communautaire et l'intégration

Il en résulte, entre les massifs de règles communautaires et les vallées de dispositions nationales, une géographie tourmentée dont les paysages se retrouvent dans la "grande" Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence et l'effet des jugements. La compréhension de ce texte est inséparable de l'oeuvre d'interprétation de la Cour de Justice des Communautés. L'application de la convention dépend, en effet, de quantité de notions auxquelles les droits nationaux prêtent des contenus différents.

Plutôt que de recourir à une règle de conflit de lois, en décidant par exemple que ces notions seraient qualifiées "lege fori", ce qui aurait abouti à une "balkanisation" du droit communautaire des conflits de juridictions, la Cour a souvent préféré dégager des "notions communautaires", par exemple pour définir le domaine d'application de la convention (principe posé dans l'arrêt "Eurocontrol" du 14 octobre 1976, RCDIP 1977, 772). Mais il ne lui a pas toujours été possible d'éviter une concurrence entre "notions communautaires" et "notions nationales". Par exemple, la Cour dégage sa propre notion de la litispendance qu'elle admet entre une demande en annulation ou en résolution d'un contrat et une demande de l'autre partie en exécution du même contrat alors qu'un juge français aurait sans doute considéré qu'il n'y avait pas identité d'objet entre les demandes (CJCE 8 décembre 1987, Clunet 1988, 544 ; RCDIP 1988, 733). Mais dans l'arrêt "Zelger c/Salinitri" (7 juin 1984, Clunet 1985, 165 ; RCDIP 1985, 374) la Cour de justice a dû interpréter la notion de "juridiction première saisie", au profit de laquelle la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir. Elle a décidé que c'était la juridiction devant laquelle étaient remplies en premier lieu les conditions d'une "litispendance définitive", ces conditions devant être appréciées selon la loi nationale de chaque juridiction concernée. La "litispendance définitive" est la saisine définitive de la juridiction. S'agit-il de la date de signification de l'assignation au défendeur, ou de la date de mise au rôle ? Tout dépendra des pays : en Allemagne, la signification est postérieure ; en France, elle est antérieure.

Un autre exemple de "coexistence respectueuse" aménagée entre le droit national et le droit communautaire est donné par la combinaison entre une règle nationale et non pas une règle matérielle, mais un principe d'interprétation de la règle communautaire. Par exemple, la Cour de justice a admis que la compétence du juge de la demande originelle sur la demande en garantie (art. 6-2° de la convention) n'était pas obligatoire pour ce juge, et

qu'il appartenait à celui-ci d'apprécier la recevabilité de la demande en garantie selon les règles de sa loi nationale. Mais il doit tout de même respecter "l'effet utile" de la convention, et, par exemple, ne pas rejeter la demande en garantie simplement parce que le garant demeure dans un autre État membre (CJCE 15 mai 1990, RCDIP 1990, 564). En utilisant ce concept "d'effet utile", dont elle fait si grand usage à propos du Traité de Rome lui-même, la Cour s'assure la maîtrise du processus d'intégration.

15. - Les leçons de la méthode

Le droit international privé communautaire permet ainsi un double test. Adaptée aux besoins de la matière, la méthode d'intégration n'y apparaît pas d'un esprit différent de celui qui prévaut en droit communautaire substantiel : de la transposition pure et simple d'une norme édictée par la Communauté à l'abandon pur et simple de la norme à la compétence des droits nationaux, en passant par l'exercice d'un pouvoir d'appréciation national à l'intérieur d'un cadre prédéterminé par la Communauté, on rencontre chemin faisant quantité de sous-espèces, d'hybrides, voire d'hermaphrodites. Pour les nécessités de sa cause, le droit international privé raffine cette typologie, la dotant même, si l'on peut dire, de quelques dispositions "Canada Dry" -qui ont l'air de ce qu'elles ne sont pas- mais n'est-ce pas le particularisme de l'intégration communautaire qui lui inspire de varier ses méthodes plus encore qu'il n'a coutume de le faire ?

À la diversité des techniques de l'intégration s'ajoute celle des autorités qui l'ont en charge. Nous considérons trop l'intégration comme l'affaire des autorités nationales, alors qu'elle peut parfaitement être contrôlée en partie au niveau des instances communautaires. Nous considérons trop aussi l'intégration comme devant être le travail des bureaux : n'oublions pas qu'elle est en outre celui des juges.



**TRANSPOSITION EN DROIT INTERNE
FRANÇAIS
DES NORMES COMMUNAUTAIRES :**
**Examen de quelques problèmes de méthodologie
juridique rencontrés par la Commission
des Affaires économiques du Sénat lors de
la transposition du règlement communautaire
-C.E.E. n° 2137/85- relatif à l'institution
d'un groupement européen d'intérêt économique**

Par

Michel LAFLANDRE
Administrateur au Service des Commissions du Sénat

SOMMAIRE

I - LE CONTEXTE JURIDIQUE DE LA TRANSPOSITION

- A - L'ÉLABORATION DE LA NORME EUROPÉENNE**
- B - LES CARACTÉRISTIQUES DÉROGATOIRES DU RÈGLEMENT COMMUNAUTAIRE**
- C - LA RETROACTION SUR LE RÉGIME JURIDIQUE DU G.I.E. DE DROIT INTERNE**

**II - LES PROBLÈMES MÉTHODOLOGIQUES
DE TRANSPOSITION DE LA NORME EUROPÉENNE
AU REGARD DU DROIT INTERNE**

- A - LA CONNEXION DU DROIT EUROPÉEN AU DROIT PÉNAL FRANÇAIS**
- B - UN PROBLÈME MÉTHODOLOGIQUE DE FORME : LE NIVEAU SOUHAITABLE DE PRÉCISION RÉDACTIONNELLE DE LA LOI FRANÇAISE**
- C - UN PROBLÈME MÉTHODOLOGIQUE DE FOND : LA DÉLICATE COORDINATION ENTRE UNE NORME COMMUNAUTAIRE GÉNÉRALE ET UN CORPUS JURIDIQUE INTERNE SPÉCIAL**

OBSERVATIONS FINALES :
**LES CONDITIONS ALTÉRÉES DE L'INTERVENTION
PARLEMENTAIRE**

Le Parlement français, sur projet de loi du gouvernement (doc. AN 1988-1989 n° 428), a été appelé au cours de la session de printemps 1989 à transposer dans la législation nationale le règlement du Conseil des communautés européennes relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (G.E.I.E.).

Cette opération de transposition a soulevé de notables problèmes de méthodologie juridique, tenant à la fois à l'originalité de la démarche-même d'introduction dans le droit interne de la norme communautaire considérée (les règlements C.E.E. étant normalement d'applicabilité directe dans tous les États membres, contrairement aux directives), et aux difficultés d'adaptation juridique de son dispositif auxquelles le législateur a été confronté.

Il convient de souligner que ces difficultés présentaient un caractère essentiellement méthodologique, d'autant plus significatives que sur le fond, l'institution du G.E.I.E. emportait l'adhésion de principe du gouvernement et de l'ensemble des groupes politiques (à l'exception des groupes communistes des deux assemblées).

On peut ainsi considérer que la transposition du règlement européen susvisé, qui ne soulevait pas de difficultés politiques majeures, constitue un cas de figure exemplaire en matière de méthodologie juridique appliquée aux relations entre le droit communautaire et le droit interne français.

I - LE CONTEXTE JURIDIQUE DE LA TRANSPOSITION

Le règlement du Conseil des communautés européennes n°2137/85 du 25 juillet 1985, relatif à l'institution d'un G.E.I.E., présentait des caractéristiques fort originales qui n'ont pas été sans incidence sur la méthodologie de sa transposition en droit français.

Cette originalité s'observait à trois niveaux : en amont, dans l'élaboration de la norme communautaire ; dans son dispositif-même, notamment en ce qu'il ouvrait aux États membres un certain nombre d'options justifiant l'intervention du législateur ; en aval, dans la mesure où le règlement européen conduisait tout naturellement à réexaminer les règles du Groupement d'intérêt économique de droit français, telles qu'elles avaient été fixées par l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967.

A - L'ÉLABORATION DE LA NORME EUROPÉENNE

Ainsi qu'il a souvent été observé, les normes communautaires font l'objet d'un processus négocié d'élaboration qui tente généralement de prendre en compte les données essentielles de la législation interne de chaque État membre.

Sous ce rapport, la norme communautaire, bien qu'elle impose des obligations aux États, offre déjà des garanties minimum d'insérabilité dans leurs législations internes respectives -garanties négociées par les représentants de chaque État en contrepartie de leur accord au texte européen.

Ce schéma est certes susceptible de variations, suivant les domaines juridiques et les textes concernés. La législation européenne apparaît néanmoins comme une sorte de "plus petit dénominateur commun", qu'en dépit de

certaines réticences tous les États membres peuvent introduire dans leur législation nationale sans difficultés politiques ou juridiques insurmontables.

Dans le cas présent, il apparaît que la norme européenne avait d'autant mieux vocation à s'adapter au droit français qu'elle s'inspirait directement de celui-ci, dont elle étendait à l'Europe communautaire, sous forme de G.E.I.E., un instrument original de coopération économique, le G.I.E..

On note en effet que ce dernier, mis en place en droit français par l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967, constitue un modèle dont le G.E.I.E. s'est inspiré très étroitement, à la fois pour ses modalités de constitution, son objet social, son mode de fonctionnement, etc.

On assiste ici à une interaction particulièrement manifeste entre le droit communautaire et le droit interne, non plus dans le sens le plus habituel (contrainte des normes européennes sur le droit français), mais dans le sens inverse (le droit français étant dans ce cas une source originelle du droit européen). Cette considération ne vaut bien entendu que pour la France, puisqu'elle était la seule auparavant à s'être dotée dans son droit interne de l'instrument spécifique de coopération économique que représente le G.I.E.

De façon plus anecdotique, et qui ressortit plutôt à la méthodologie d'élaboration de la norme française à travers la procédure parlementaire, on peut rappeler que la commission des Affaires économiques, saisie de ce texte, a désigné comme rapporteur M. Pierre Dumas, qui en avait exprimé le souhait exprès. D'après ses indications, en effet, M. Dumas s'était déjà trouvé confronté, dans le cadre de ses activités d' élu local, à un problème de coopération transfrontalière entre différents intervenants de droit français et de droit italien, en vue de la gestion d'un tunnel routier. M. Dumas avait ainsi été conduit à mettre en place dans son département un G.I.E. original, bien que droit interne, et était ainsi spécialement sensibilisé à ce type d'organe, dont il avait mesuré l'intérêt et les limites.

Si M. Dumas n'a pas, bien sûr, participé à l'élaboration du règlement communautaire, tout au moins a-t-il pu développer, dans sa mission de rapporteur du projet de transposition, une compétence toute particulière, et résoudre de façon très pragmatique les délicats problèmes méthodologiques de conciliation entre la norme européenne et le droit français (1).

(1) Au-delà des effets oratoires, les débats parlementaires témoignent du haut intérêt que tous les intervenants et le Garde des Sceaux ont accordé aux travaux de M. Dumas, notamment en matière de précision rédactionnelle du texte de transposition. L'obstacle méthodologique était assez considérable, mais ainsi que l'observe le Garde des Sceaux (J.O. Sénat, 26 avril 1989, p. 399) : "au-delà des pouvoirs respectifs des institutions françaises et européennes, ... nous devons également veiller à ce que les textes définitifs soient compréhensibles pour nos compatriotes. Il est déjà peu aisé, convenons-en, de décrypter certains textes conçus et votés hors des contraintes communautaires. L'épreuve devient quasi insurmontable dès lors qu'on doit combiner un règlement européen et une loi d'adaptation française. Fort heureusement, le talent du rapporteur, M. Dumas, va nous permettre de franchir l'obstacle allègrement..."

B - LES CARACTÉRISTIQUES DÉROGATOIRES DU RÈGLEMENT COMMUNAUTAIRE

Dans la hiérarchie des normes communautaires, le règlement C.E.E. exerce une fonction normative directe, puisqu'il s'impose ipso jure aux États membres, hors toute démarche de transposition. Il se différencie en cela de la directive qui fixe aux parties des objectifs, mais laisse (en théorie) à leur compétence l'élaboration des moyens juridiques d'y parvenir.

Le règlement C.E.E. n° 2137/85 susvisé dérogeait à ce principe, puisqu'il imposait aux États une intervention préalable, condition sine qua non de son applicabilité dans l'ensemble de la Communauté.

En raison de la grande diversité des législations des États membres (en matière de droit de société et de droit fiscal, notamment), le règlement européen ouvrait en effet certaines options que chaque partie devait impérativement définir pour permettre la constitution et l'immatriculation d'un G.E.I.E. sur son territoire national. C'est ainsi, par exemple, que les États devaient compléter le règlement, chacun en ce qui les concernait, sur les points suivants :

- possibilité facultative d'attribution de la personnalité morale au G.E.I.E. (article 1 § 3 du règlement précité)
- règles subsidiaires de fonctionnement interne du G.E.I.E. (article 2 § 1)
- exclusion éventuelle de certaines catégories d'intervenants au G.E.I.E., personnes physiques ou morales (article 4 § 4)
- modalités d'immatriculation du G.E.I.E. dans l'État où est fixé son siège social (articles 6, 8 et 39 § 1)
- désignation éventuelle d'une personne morale comme gérant d'un G.E.I.E. (article 19 § 2)
- possibilité d'exclure du G.E.I.E. un membre en situation d'insolvabilité ou de liquidation en application de la législation nationale à laquelle il ressortit (article 28 § 1)
- fixation des pouvoirs des tribunaux nationaux pour prononcer la dissolution d'un G.E.I.E. dont l'activité contrevient à l'intérêt public de l'État (art. 32 § 3 et 38)
- règles d'insolvabilité et de cessation des paiements (article 36).

Sur tous ces points, l'intervention du législateur français s'avèrait donc le préalable indispensable à l'applicabilité réelle du règlement européen, et s'inscrivait dans une démarche juridique intermédiaire entre la transposition proprement dite d'une directive, et l'adoption de dispositions d'ordre pour la coordination d'un règlement européen et de la législation nationale.

De façon plus immédiate, les États membres étaient pourtant expressément invités à garantir aux G.E.I.E. la possibilité de s'immatriculer sur leur territoire d'ici le 1er juillet 1989, conformément à l'article 41 § 1 du règlement communautaire qui prévoyait que :

Les "États-membres prennent les mesures requises en vertu de l'article 39 (règles et modalités pratiques d'immatriculation) avant le 1er juillet 1989. Ils les communiquent immédiatement à la commission".

Compte tenu de l'économie générale de ce règlement européen, le projet de loi était ainsi confronté à une double difficulté méthodologique :

- pour définir exactement le cadre juridique interne dans lequel les groupements européens d'intérêt économique immatriculés en France devraient se constituer et fonctionner du jour de leur création jusqu'à leur dissolution (ce cadre juridique prolongeant les dispositions du règlement européen),

- pour exercer certaines des options facultatives laissées à l'appréciation de chaque État membre (comme par exemple la possibilité de désigner une personne morale comme gérant du groupement).

Cette seconde difficulté tenait essentiellement à l'existence en France d'une structure analogue, le G.I.E., dont il importait logiquement de ne pas trop s'écarter, pour maintenir une certaine cohérence dans le régime juridique global de ces deux instruments de coopération économique.

Ces difficultés méthodologiques étaient en l'espèce accrues par des considérations d'opportunité, dans la mesure où la France ne pouvait adopter des règles trop restrictives par rapport à celles dont s'étaient déjà dotés certains de ses partenaires européens. Une attitude inverse aurait en effet compromis en France le succès des G.E.I.E., qui immanquablement se fussent immatriculés dans d'autres États membres, rebutés par une législation française nettement moins favorable.

Indépendamment du fond même du texte, qui ne ressortit pas à la présente étude, le législateur français, en 1989, s'est ainsi engagé dans une véritable "démarche juridique expérimentale", dont l'originalité n'a pas manqué d'être évoquée dans les travaux préparatoires (2)

C - LA RÉTROACTION SUR LE RÉGIME JURIDIQUE DU G.I.E. DE DROIT INTERNE

Bien qu'il ne les visât point, le règlement européen sur les G.E.I.E. imposait, par contrecoup logique, la modification de certaines dispositions de l'ordonnance de 1967 sur les G.I.E. de droit interne.

Cette observation relève de la méthodologie juridique, en ce qu'elle établit une incidence juridique de la transposition d'une norme communautaire sur la stratégie normative des auteurs du droit interne. Le Garde des Sceaux, lors des débats parlementaires, a d'ailleurs corroboré cette analyse, en indiquant que le chapitre II de son projet de loi, qui traitait exclusivement des G.I.E. français, résultait moins d'une volonté politique autonome que d'une logique juridique induite :

"Le chapitre II du projet de loi tend à renforcer le groupement d'intérêt économique français pour le rendre d'utilisation aussi aisée que le groupement européen et assurer ainsi la neutralité juridique, si je puis dire,

(2) cf par exemple J.O. Sénat, 26 avril 1989, p. 395 :

M. Pierre Dumas "... De même, je dirai de ce projet, que M. le garde des Sceaux qualifiait de "modeste" par son volume, que c'est une première européenne, et ce à un double titre : quant à la forme et quant au fond.

"Quant à la forme, parce que c'est la première fois -on l'a dit- que le Parlement français est appelé à légiférer à propos d'un règlement du Conseil des Communautés Européennes. En effet, à la différence de la directive, qui appelle une transposition dans le droit de chaque État, le règlement, selon l'article 189 du traité de Rome, est "de portée générale, obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tous les États membres ...".

permettant d'opérer un choix entre les deux formules, lorsque ce choix est possible, uniquement sur des critères économiques" (JO Sénat, 26 avril 1989, p. 394).

Rien n'indique que le régime juridique, au demeurant très souple, des G.I.E. français aurait été modifié en 1989, si un instrument communautaire nouveau, le G.E.I.E., n'avait pas dû être introduit en droit interne. On assiste ainsi à une rétroaction de la norme européenne sur la norme française, qui crée une sorte "d'obligation d'agir juridiquement", conformément à un processus méthodologique où la compétence d'intervention du législateur français se trouvait singulièrement réduite.

Si le contenu objectif des modifications ainsi apportées à l'ordonnance de 1967 sort du cadre de la présente étude, exclusivement méthodologique, encore convient-il d'observer qu'en pratique, la norme européenne s'est pratiquement imposée à la loi française, en dehors même de son cadre strict d'application (c'est-à-dire le chapitre I du projet de loi, opérant la transposition du G.E.I.E. en droit interne) puisque plusieurs des solutions adoptées pour le Groupement européen ont pour l'essentiel été étendues telles quelles au Groupement français.

C'est ainsi par exemple que M. Dumas, rapporteur, indique dans la partie "examen des articles" de son rapport écrit la démarche présidant à la rédaction du nouvel article premier de l'ordonnance de 1967, telle qu'elle résulterait de l'adoption de l'article 13 du projet de loi :

"Cet article propose une nouvelle rédaction de l'article premier de l'ordonnance du 23 septembre 1967, calquée sur celle de l'article 3 du règlement européen..."

La rétroaction, en l'espèce, est très large, puisqu'elle dépasse le seul domaine législatif, et s'étend à l'interprétation jurisprudentielle constante que la Cour de Cassation avait jusqu'à présent donnée à l'ancien article 1er de l'ordonnance (3), en refusant au G.I.E. la faculté d'accomplir des actes de commerce pour son propre compte ou de conclure un bail commercial.

La même logique a prévalu lors des travaux préparatoires pour l'élaboration des articles 14, 15 bis, 15 ter, de l'article additionnel après l'article 15 ter et des articles 15 quater et 16 bis, résultant soit du projet initial du Gouvernement, soit d'amendements introduits au cours de la navette (et qui ne franchiront d'ailleurs pas tous l'étape de la C.M.P.).

II - LES PROBLÈMES MÉTHODOLOGIQUES DE TRANSCRIPTION DE LA NORME EUROPÉENNE AU REGARD DU DROIT INTERNE

Indépendamment du contexte-même de la transposition, dont on vient de mesurer la problématique méthodologique externe, il apparaît que l'introduction en droit français des règles posées par le règlement européen soulevait des difficultés juridiques particu-

(3) Ainsi que le constate du reste le rapporteur (doc. Sénat, 1988-1989 n° 258) : "le projet de loi revient ainsi sur la jurisprudence de la Chambre civile de la Cour de cassation, qui à deux reprises avait interprété strictement les dispositions de l'ordonnance de 1967..." cf. rapport, p. 53. L'interprétation antérieure de la Cour de cassation n'avait pourtant, semble-t-il, appelé aucune critique particulière de la Chancellerie.

lières, auxquelles il n'a pas toujours été apporté de réponse entièrement satisfaisante.

Ces difficultés ont été spécialement sensibles dans trois domaines :

- la connexion du droit européen aux principes directeurs du droit pénal français, lui-même replacé dans la répartition constitutionnelle des domaines de la loi et du règlement ;
- le niveau souhaitable de précision rédactionnelle du texte français par rapport aux dispositions générales du règlement européen ;
- l'insertion de dispositions d'application générale de la norme européenne dans un corpus juridique spécifique du droit français (le problème visé concernait ici le cas des professions libérales françaises réglementées, ou à statut professionnel ou déontologique relevant de la loi ou du règlement).

A - LA CONNEXION DU DROIT EUROPÉEN AU DROIT PÉNAL FRANÇAIS

Un problème méthodologique très caractéristique a été posé par les articles 10 à 12 du projet de loi de transposition, dont les objets étaient respectivement :

- la répression de l'inobservation par les gérants des G.E.I.E. des mentions obligatoires devant figurer sur les papiers commerciaux émis par le G.E.I.E. (article 10 du projet de loi) ;
- la répression de l'utilisation abusive de l'appellation "G.E.I.E." (article 11) ;
- la fixation des sanctions pénales relatives aux délits commis dans la gestion des G.E.I.E. (article 12).

Il apparaissait en effet qu'en l'absence de dispositions pénales spécifiques, l'utilisation de la formule G.E.I.E. aurait pu conduire à des abus qu'il convenait de prévenir, au moment même de son introduction en droit interne. Deux cas de figure étaient à considérer.

En ce qui concerne le délit d'utilisation abusive de l'appellation "G.E.I.E.", et les divers délits de gestion des G.E.I.E., le législateur était invité à définir lui-même les éléments constitutifs des infractions considérées, ainsi que les peines y applicables, par référence au droit commercial et pénal en vigueur.

Cette démarche n'a soulevé aucun problème méthodologique particulier, le législateur renvoyant d'ailleurs sur ce point soit aux dispositions pénales de l'ordonnance du 23 septembre 1967 sur les G.I.E., soit aux articles 455 à 458 du Code pénal.

L'article 10 du projet de loi posait en revanche un problème de fond très différent, puisque le législateur était invité à définir les éléments constitutifs de l'infraction non par détermination directe dans la loi française, c'est-à-dire dans le corps-même de l'article, mais par simple référence aux dispositions obligatoires du règlement européen (en l'occurrence l'article 25 dudit règlement), qui dispose que :

"Art. 25. - Les lettres, notes de commande et documents similaires doivent indiquer lisiblement :

- a) la dénomination du groupement précédée ou suivie, soit des mots "groupement européen d'intérêt économique., soit du signe "G.E.I.E.", à moins que ces mots ou ce sigle ne figurent déjà dans la dénomination ;

- b) le lieu du registre visé à l'article 6 où le groupement est immatriculé, ainsi que le numéro d'inscription du groupement à ce registre ;
 c) l'adresse du siège du groupement ;
 d) Le cas échéant, la mention que les gérants doivent agir conjointement ;
 e) le cas échéant, la mention que le groupement est en liquidation en vertu des articles 15, 31, 32 ou 36.

Tout établissement du groupement, lorsqu'il est immatriculé conformément à l'article 10, doit faire figurer les indications visées ci-dessus, accompagnées de celles relatives à sa propre immatriculation, sur les documents visés au premier alinéa du présent article qui émanent de cet établissement".

Deux attitudes étaient concevables. La première aurait consisté à reprendre, dans le texte de transposition, l'ensemble de ces dispositions, en assortissant leur inobservation des sanctions pénales expédientes. Cette solution, si elle offrait toute garantie de précision et de simplicité, se heurtait néanmoins au caractère évidemment réglementaire des prescriptions visées à l'article 25 du règlement européen, dont la mise en œuvre incombait incontestablement à un décret, et non à la loi.

L'inclusion dans la loi de transposition de toutes ces dispositions d'ordre présentait de surcroît l'inconvénient d'une trop grande rigidité, puisqu'une modification ultérieure même mineure de l'article 25 du règlement européen aurait à nouveau contraint à modifier par une voie très lourde (la voie législative) le régime interne des G.E.I.E..

L'autre attitude, à laquelle se rangèrent le gouvernement puis l'Assemblée nationale en première lecture, consistait à définir l'infraction non pas dans la loi même de transposition, mais par simple visa de l'article 25 du règlement européen :

Extrait du comparatif

Texte du projet de loi	Texte adopté par l'Assemblée Nationale en première lecture
<p>Art. 10 Toute infraction aux dispositions de l'article 25 du règlement du 25 juillet 1985 précité du Conseil des communautés européennes est punie des peines prévues à l'article 11 de l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 sur les groupements d'intérêt économique.</p>	<p>Art. 10 Toute infraction aux dispositions de l'article 25 du règlement n° 2137-85 du 25 juillet 1985 économique</p>

D'une simplicité formelle incontestable (4), cette solution parut néanmoins à la Haute Assemblée incompatible avec la compétence exclusive du législateur français pour déterminer les

(4) Dans son rapport, M. Dumas observe (p. 48) : "La seule justification juridique du dispositif actuel est en fait à rechercher dans un prétendu "souci de simplification" (p. 32 du rapport de l'Assemblée Nationale), dont en l'espèce on doit noter les effets préjudiciables".

délits et les peines qui les répriment, conformément à l'article 34 de la Constitution :

"Votre rapporteur estime qu'un tel mécanisme méconnaît la compétence constitutionnelle exclusive du Parlement pour la détermination des crimes et des délits (article 34 de la Constitution), dans la mesure où le législateur français n'intervient pas dans l'élaboration des règlements communautaires directement applicables dans les États membres. Ce point paraît d'autant plus critiquable qu'en cas de modification ultérieure de l'article 25 du règlement communautaire, les éléments constitutifs de l'infraction pourraient être entièrement bouleversés sans nouvelle intervention du Parlement" - (rapport Dumas, p. 48).

De surcroît, et sans contester la nécessité de sanctions pénales pour réprimer l'inobservation des mentions obligatoires concernées, le rapporteur estimait que cette entorse à l'article 34 de la Constitution constituerait un précédent dangereux, virtuellement susceptible à terme de dessaisir le Parlement de sa compétence exclusive en matière correctionnelle dans tous les domaines d'intervention d'une norme européenne d'applicabilité directe en France.

Lors des auditions, les représentants du gouvernement furent interrogés sur la faisabilité juridique de la disposition contestée, mais ne justifèrent leur texte que par des considérations purement pratiques de simplicité rédactionnelle. Il fut par ailleurs allégué que le droit pénal français comportait déjà des dispositions répressives de ce type (dans le domaine des infractions au Code de la circulation routière notamment), mais les services de la Chancellerie ne purent en citer aucun exemple précis (5).

L'exemple de l'article 10 du projet de loi est très caractéristique d'un problème purement méthodologique, dans la mesure où toutes les parties s'accordaient à réprimer l'infraction considérée. Mais le Sénat estimait que cette répression exigeait la médiation d'un texte de droit français, lequel ne pouvait en la circonstance qu'être en contradiction avec la logique des articles 34 et 37 de la Constitution, et risquait de s'avérer peu pratique à l'usage.

Afin de résoudre ce dilemme, la commission des affaires économiques du Sénat opta pour une voie moyenne en proposant de renvoyer à un décret en Conseil d'État le soin de fixer les modalités d'accomplissement des obligations de l'article 25 du Règlement communautaire (6).

(5) À supposer d'ailleurs que cette indication fût exacte, elle n'en justifiait que plus la circonspection du rapporteur du Sénat, soucieux de préserver le pouvoir d'appréciation du Parlement dans un domaine aussi essentiel que le droit pénal correctionnel.

(6) Bien que d'une logique juridique assez fragile, le renvoi d'un décret pour la fixation des éléments constitutifs d'un délit (infraction sanctionnée en l'espèce par une peine correctionnelle) offrait l'avantage de la médiation d'un texte français pour la détermination d'une action pénalement répréhensible. Le droit pénal français comporte du reste plusieurs exemples de ce couple loi-décret en matière correctionnelle, beaucoup moins contestable que le couple initialement prévu loi-règlement européen.

Propositions de la commission

Art. 10

Les mentions obligatoires que les groupements européens d'intérêt économique ou leurs établissements immatriculés sont tenus de faire figurer sur leurs actes, papiers et documents commerciaux destinés aux tiers, en application de l'article 25 du règlement du 25 juillet 1985 précité du conseil des communautés européennes, sont apposées dans les conditions prévues par un décret en Conseil d'État.

L'utilisation dans les rapports avec les tiers de tous actes, papiers et documents commerciaux où ces mentions ne seraient pas apposées dans les conditions réglementaires visées au premier alinéa est punie des peines prévues à l'article 11 de l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 sur les groupements d'intérêt économique.

Le texte proposé par la commission ne recueillit pas l'avis favorable du gouvernement, qui se rallia néanmoins sur le fond aux préoccupations exprimées par le Sénat, et proposa à son tour un amendement ainsi rédigé :

"L'utilisation dans les rapports avec les tiers de tous actes, lettres, notes et documents similaires ne comportant pas les mentions prescrites par l'article 25 du règlement précité est punie des peines prévues à l'article 11 de l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 sur les groupements économiques".

Adoptée par le Sénat, puis par l'Assemblée nationale, cette rédaction figure désormais dans la loi de transposition. Sans résoudre entièrement les difficultés méthodologiques examinées ci-avant, elle offre néanmoins deux avantages :

- l'infraction n'est plus définie par référence externe au seul règlement, mais par référence au concept d'"utilisation d'actes non conforme au règlement européen", prévu par la loi française elle-même, qui se fonde en l'espèce sur l'applicabilité ipso jure des prescriptions du règlement dans tous les États membres. Dans ce système, le législateur ne se dessaisit plus du pouvoir qu'il tient de l'article 34 de la Constitution, mais au contraire en fait lui-même application pour conférer au règlement communautaire sa pleine efficacité, moyennant un texte interne de droit pénal ;
- en rejetant à la fois une énumération (qui fût contraire à la logique des articles 34 et 37 de la Constitution, et dont l'usage aurait été beaucoup trop rigide) et une rédaction trop elliptique, le législateur concilie dans toute la mesure du possible la tradition juridique nationale et les contraintes externes du droit communautaire, fondées sur des critères et une logique juridique très différents.

B - UN PROBLÈME MÉTHODOLOGIQUE DE FORME : LE NIVEAU SOUHAITABLE DE PRÉCISION RÉDACTIONNELLE DE LA LOI FRANÇAISE

a) Deux options méthodologiques inconciliables

Le législateur s'est interrogé, lors de l'élaboration de plusieurs articles du projet de loi, sur le niveau souhaitable de précision rédactionnelle de la norme française par rapport au règlement communautaire, directement applicable dans les États membres, problème qui en l'espèce ressortit directement à la méthodologie juridique de transposition du droit européen en droit interne.

Une première attitude aurait consisté à ne légiférer exclusivement que dans les domaines où le règlement communautaire contraignait d'agir, soit pour fixer des modalités d'application, soit pour lever certaines des options facultatives laissées à la libre appréciation des États.

Dans tous les autres domaines suffisamment couverts par le règlement européen, l'intervention du législateur français semblait en effet superflète, en raison même du principe d'applicabilité directe du règlement.

Cette attitude aurait néanmoins abouti à un texte obscur, dont une lecture facile et une bonne compréhensibilité n'auraient sans doute pas été les qualités premières.

L'option inverse consistait au contraire à reprendre dans la loi française un certain nombre de dispositions du règlement européen, de façon à introduire dans le droit interne un ensemble cohérent et explicite.

Cette option normative, certes redondante, n'aurait pas été sans avantage pour "les utilisateurs de la norme" (7) puisqu'elle leur aurait épargné de devoir articuler eux-mêmes le règlement européen et sa loi française d'application.

"Non bis eadem" ... Dans une logique juridique et rédactionnelle d'économie (8), ni le gouvernement, en rédigeant son projet, ni le Parlement, en l'amendant, ne se rallièrent à cette seconde option, qui n'aurait d'ailleurs pas elle-même été sans inconvénients en cas de modifications ultérieures du règlement européen (lesquelles auraient abouti à une sorte d'abrogation de fait des anciennes dispositions reproduites dans la loi française, susceptible d'induire en erreur les "utilisateurs de la loi" mal informés de l'évolution de la législation communautaire).

M. Paul Dumas ne manqua toutefois pas d'exprimer à la tribune du Sénat les problèmes concrets que cette attitude risquait de soulever, ni d'inviter le gouvernement à améliorer très sensiblement l'information juridique mise à la disposition des citoyens :

"... Une loi comme celle que nous examinons, complémentaire d'un règlement européen, n'est compréhensible, évidemment, que si l'on dispose de ce règlement et si l'on s'y réfère. Une loi de transposition d'une

(7) suivant l'expression de M. Pierre Dumas, rapporteur - J.O. Sénat, 26 avril 1989 p. 396.

(8) Logique qui ne prévaut pourtant pas toujours lors des opérations de codification ou lorsqu'il s'agit d'articuler deux textes de droit interne (loi organique - loi ordinaire, par exemple, ou loi-décret d'application), puisqu'il est très fréquent que la norme subséquente reproduise intégralement tout ou partie des dispositions de la norme principale.

directive européenne peut elle-même être utilement éclairée par le texte de cette directive. Or, nombre de nos collègues en ont fait l'expérience et nous l'ont dit en réunion de commission, il est généralement difficile de se procurer ces textes. S'il en est ainsi pour un parlementaire, qu'en sera-t-il pour l'usager, pour le chef d'une petite entreprise à la disposition duquel, au contraire, on est censé offrir des facilités nouvelles ?

"Or, d'une rapide enquête à laquelle je me suis livré en province, il semble ressortir que le Journal officiel des communautés européennes, dont on pourrait m'objecter qu'il assure la publicité légale des normes communautaires, n'est pas reçu par nos tribunaux et par nos hommes de loi, du moins dans bien des cas.

"Ainsi, les spécialistes eux-mêmes seraient-ils mal à l'aise pour conseiller demain tel ou tel utilisateur éventuel de ces textes nouveaux. Pourtant, la loi n'est pas conçue seulement pour quelques initiés -nul n'est censé l'ignorer-, mais elle concerne tous les citoyens.

"Telle est la raison pour laquelle, monsieur le garde des Sceaux, je vous demande quelles mesures vous envisagez de prendre pour que chaque Français intéressé puisse aisément consulter les textes européens nécessaires à la compréhension d'un certain nombre de lois françaises..." (JO Sénat, 26 avril 1989, p. 396).

Du fait de cette option, la loi française sur les G.E.I.E. offre quelques singularités rédactionnelles par rapport à l'ordonnance du 23 septembre 1967 susvisée, sur les G.I.E.

C'est ainsi par exemple qu'elle ne définit nullement la nature juridique du G.E.I.E. ni l'objet de cette forme sociale d'activité, contrairement à l'article premier de l'ordonnance de 1967, qui fixe la composition des G.I.E. et en développe de façon minutieuse les objectifs.

L'inconvénient en l'espèce est assez réduit, puisque le règlement communautaire développe ces points dans ses articles 3 et 4, dans un ordre d'ailleurs inverse de celui de l'article premier de ladite ordonnance (9). On doit néanmoins constater que par ce mécanisme de législation complémentaire, le législateur s'est livré à un exercice normatif assez surprenant, en fixant le mode de fonctionnement d'un organe dont il n'a pas lui-même déterminé précisément le cadre juridique d'existence.

Ce procédé rédactionnel quelque peu elliptique n'a du reste pas été mis en œuvre de façon parfaitement uniforme, puisque sur certains articles, le Parlement a jugé nécessaire de préciser de façon plus explicite dans le droit interne des règles qui pouvaient pourtant sembler procéder du texte même du règlement européen.

(9) Cet article premier fixe les règles de composition du G.I.E.I. constitué de "deux ou plusieurs personnes physiques ou morales", puis détermine le but juridique de cette forme d'activité collective (définition des contractants, puis de l'objet du contrat). Au contraire, l'article 3 du règlement européen détermine l'objet du G.E.I.E., dont les participants possibles ne sont énumérés qu'à l'article 4.

b) La classification des conditions de mise en œuvre de la norme communautaire

À plusieurs reprises, le législateur français est venu préciser les conditions exactes de mise en œuvre du règlement à transposer, soit en application même d'une disposition non optionnelle dudit règlement, soit pour prévenir toute ambiguïté d'interprétation du droit communautaire par rapport à l'ordre juridique interne.

• Un exemple de l'intervention normative française "secundum legem" :

L'article 39 du Règlement du Conseil prévoyait que *"les États désignent le ou les registres compétents"*, pour procéder à l'immatriculation des G.E.I.E. dont le siège social serait établi sur leur territoire. Pour la mise en œuvre de cette "obligation d'agir", le législateur français disposait de plusieurs possibilités -dont par exemple celle d'introduire dans la loi de transposition un article spécifique faisant référence directe à la disposition communautaire correspondante. Cet article aurait par exemple pu être rédigé de la façon suivante :

"Art. n° N. - Les groupements d'intérêt économique européens dont le siège est situé en France sont tenus de procéder à leur immatriculation au Registre du commerce" (10).

En fait, par souci de parallélisme avec les règles préexistantes en matière de G.E.I.E., il a paru expédient de procéder par simple détermination incidente du registre compétent, en calquant quasiment dans l'article premier de la loi sur les G.E.I.E. la disposition correspondante de l'article 3 de l'ordonnance de 1967 (*"Le groupement d'intérêt économique jouit de la personnalité morale et de la pleine capacité juridique à dater de son immatriculation au registre du commerce..."*), devenue dans l'article premier de la loi du 13 juin 1989 : *"les groupements européens d'intérêts économiques immatriculés en France au registre du commerce et des sociétés ont la personnalité juridique dès leur immatriculation."*

Ce faisant, et moyennant un texte unique, le législateur interne effectuait simultanément deux opérations commandées par le règlement communautaire :

- il exerçait de façon parfaitement explicite une option facultative laissée à l'appréciation des États (accorder ou pas la personnalité morale aux G.E.I.E. immatriculés sur leur territoire, option prévue à l'article premier § 3 du règlement C.E.E.) ;

- il précisait incidemment le registre d'immatriculation compétent, conformément à l'obligation prévue à l'article 39 du règlement.

L'opération de calquage d'une disposition préexistante de l'ordonnance de 1967 n'a cependant pas résulté d'un simple souci de

(10) cf par analogie l'article premier du décret n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales, qui dispose :

"Les sociétés commerciales sont immatriculées au registre du commerce et des sociétés dans les conditions définies par la réglementation relative audit registre" ;

Ou encore l'article 5 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ainsi rédigé :

"Toute association qui voudra obtenir la capacité juridique prévue par l'article 6 devra être rendue publique par ses fondateurs. La déclaration préalable en sera faite à la préfecture du département ou à la sous-préfecture de l'arrondissement où l'association aura son siège social ..."

commodité rédactionnelle, comme le démontre le découplage, dans la loi sur les G.E.I.E., de la phrase suivante du premier alinéa de l'article 3 de l'ordonnance de 1967, qui indique (à propos de l'immatriculation conférant la personnalité juridique) : "... sans que cette immatriculation emporte présomption de commercialité du groupement".

Le projet du gouvernement a en effet individualisé cette précision dans un article séparé (article 2), dont la rédaction parut au demeurant peu claire à la commission des affaires économiques du Sénat :

"Les groupements européens d'intérêt économiques ont un caractère civil ou commercial selon leur objet. L'immatriculation n'emporte pas présomption de commercialité d'un groupement" (11).

• Le refus de légiférer par acquiescement tacite : un exemple de tentative d'intervention normative "praeter legem".

La logique de l'applicabilité directe -dans les domaines qu'il couvre suffisamment- du règlement communautaire, combinée au principe que la loi autorise tout ce qu'elle n'interdit pas, devait a priori faire supposer que l'adhésion à un G.E.I.E. serait virtuellement ouverte aux membres des professions libérales.

L'article 4 § 4 du règlement européen offrait en effet à tout État la possibilité *"d'exclure ou de restreindre, pour des raisons tenant à son intérêt public, la participation de certaines catégories de personnes physiques, de sociétés ou d'autres entités juridiques à tout groupement"* (12).

Telle était du reste l'intention exprimée par le gouvernement lui-même, qui indiqua au Sénat par la voix du garde des Sceaux :

"J'ajoute qu'il me paraît tout à fait normal que des professions libérales, même juridiques ou judiciaires, puissent faire partie d'un groupement d'intérêt économique, qu'il soit de droit français ou européen, et ce sous réserve, bien entendu, de la réglementation particulière à chaque profession" (JO Sénat, 26 avril 1989, p. 394).

Compte tenu de ces deux éléments, le gouvernement estima qu'en ne formulant dans la loi aucune restriction d'appartenance à un G.E.I.E. à l'encontre des professions libérales, il leur laissait ipso facto la faculté d'en devenir membre.

La commission du Sénat saisie au fond ne se rallia pas à cette analyse. D'une part, elle estima que des restrictions de droit positif à l'exercice collectif de certaines professions libérales -comme par exemple l'article 3 de la loi du 31 décembre 1971, qui énumérait limitativement les structures collectives auxquelles pouvaient à

(11) La commission tenta d'améliorer cette rédaction en déposant un amendement n° 1 (J.O.S. 26 avril 1989, p 401).

(12) Cette faculté, négociée lors de l'élaboration du règlement, était justifiée dans un des considérants introductifs par la nécessité de concilier le droit européen avec les règles restrictives ou dérogoires auxquelles certains États -dont en l'espèce la France- subordonne l'exercice des professions dites "libérales" ou "réglementées" : "considérant que la faculté, prévue dans le présent règlement d'interdire ou de limiter, pour des raisons d'intérêt public, la participation à des groupements ne porte pas atteinte à la législation des États membres régissant l'exercice d'activités, laquelle peut prévoir d'autres interdictions ou limitations ou bien contrôler ou surveiller de toute autre manière la participation à un groupement d'une personne physique, d'une société ou d'une autre entité juridique, ou d'une catégorie quelconque de celles-ci".

cette époque recourir les avocats (13)- risquaient d'entrer en conflit de norme avec ce dispositif d'autorisation implicite.

D'autre part, elle estima de mauvaise méthode que le législateur fût invité à légiférer par "*acquiescement tacite*" (suivant l'expression de M. Pierre Dumas, rapporteur), et non par expression positive. À cette fin, elle déposa un amendement n° 2 dont le premier alinéa était ainsi rédigé :

"Les membres des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé peuvent adhérer à un groupement européen d'intérêt économique".

Le rapporteur en justifia l'utilité en rappelant que :

"l'expérience a prouvé que le silence était parfois, dans la jurisprudence, l'occasion d'interprétations surprenantes, aux yeux mêmes des auteurs des textes" (JO Sénat, 26 avril 1989, p. 401).

Le consensus de fond entre le législateur européen, le gouvernement français et le Sénat était établi. Restait ainsi seulement à trancher un problème ressortissant uniquement à la méthodologie juridique, comme en convint du reste M. Pierre Arpaillange ("*s'agissant de l'amendement n° 2, pour des raisons de méthode ...*" - Même référence).

La démarche du Sénat, en l'occurrence, tendait à renforcer la précision de la norme communautaire dans un domaine où une législation a minima pouvait sembler génératrice de conflits ou d'hésitations ultérieures : précision qu'on pourrait pratiquement qualifier de "*praeter legem*", non pas sur le fond mais sur la forme, dans la mesure où l'économie du système initial pouvait paraître se suffire à elle-même.

Le Sénat adopta cet amendement n° 2 en première lecture, en dépit de l'avis défavorable du gouvernement, qui s'en tint à sa préférence pour une rédaction aussi concise que possible :

M. Pierre Arpaillange : "... Mais le projet de loi ne prévoit pas une telle exclusion et il n'est donc pas nécessaire de spécifier que certaines catégories de personnes ne pourront être membres d'un tel groupement..."

M. Pierre Dumas, rapporteur : "... Monsieur le garde des Sceaux, le Sénat partage votre préoccupation visant à faire des textes aussi concis que possible, mais, je le répète, l'expérience nous a montré que le silence d'un texte pouvait parfois faire place à de fâcheuses interprétations. C'est pourquoi, malgré la séduction des appels de M. le garde des Sceaux, la commission maintient son amendement ..." (JO Sénat - même référence) (14).

La précision contestée fut finalement supprimée lors de la phase de conciliation entre les deux assemblées, dont la commission mixte paritaire parvint à l'élaboration d'un texte commun :

"À l'article 2 bis, les commissaires sont convenus du caractère superfétatoire de dispositions figurant par ailleurs, de façon explicite, à

(13) Associations d'avocats, sociétés civiles d'avocats ou exercice en qualité de collaborateur d'un autre avocat ou groupe d'avocats. (Cf. note 15 infra).

(14) Il faut croire que l'opinion de M. Dumas était finalement mieux fondée que celle du Gouvernement, puisque ce dernier reviendra l'année suivante sur sa position, et admettra que dans ce domaine, une autorisation explicite vaut mieux qu'une non-interdiction tacite. L'article 3 du projet de loi portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques indique en effet que l'avocat "peut participer à un groupement d'intérêt économique ou à un groupement européen d'intérêt économique", précision que M. Arpaillange estimait pourtant parfaitement superfétatoire. Sur ce projet, cf infra.

l'article 4 du règlement n° 2137-85 du Conseil des ministres des Communautés européennes" (rapport de la commission mixte paritaire - Doc. Sénat 1988-1989 n° 321).

Paradoxalement, cette mention d'appartenance possible à un G.E.I.E. fut reprise en ce qui concerne les G.I.E. de droit interne, à l'initiative du Sénat, qui estima que cette précision s'imposait d'autant plus à leur égard qu'aucun texte normatif extérieur ne venait l'instituer, même par l'implicite. L'amendement correspondant du Sénat fut adopté par la commission mixte paritaire, au motif que l'absence de symétrie entre l'ordonnance de 1967 et le règlement communautaire risquait d'écartier les professionnels libéraux des G.I.E. de droit interne.

Cette faculté d'adhésion à un groupement d'intérêt économique est donc actuellement régie par des dispositions répondant à deux logiques opposées :

- pour les G.E.I.E., en vertu d'une absence d'interdiction expresse ;

- pour les G.I.E., en vertu d'une disposition d'autorisation expresse, ainsi rédigée (article premier-1 de l'ordonnance de 1967 modifiée par la loi n° 89-377 du 13 juin 1989) :

"Les personnes exerçant une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé peuvent constituer un groupement d'intérêt économique ou y participer".

C. UN PROBLÈME MÉTHODOLOGIQUE DE FOND : LA DÉLICATE COORDINATION ENTRE UNE NORME COMMUNAUTAIRE GÉNÉRALE ET UN CORPUS JURIDIQUE INTERNE SPÉCIAL

L'applicabilité directe du règlement communautaire peut engendrer un conflit de normes, notamment lorsque le champ d'application du texte européen recouvre tout ou partie d'un domaine faisant l'objet d'un régime juridique dérogatoire de droit interne. Dans cette hypothèse, le conflit traduit lui-même la difficile conciliabilité entre deux principes, dont les différentes instances jurisprudentielles (juridictions communautaires, Conseil constitutionnel et juridictions françaises) font une application assez subtile :

- "pacta sunt servanda", et plus généralement suprématie de la règle internationale sur la loi interne. Dans le cas de la France, le Conseil d'État, jusqu'à une date récente, et le Conseil constitutionnel, dans une jurisprudence très nuancée, ont quelque peu tempéré l'efficiace de ce principe ;

- "specialia generalibus derogant" : la loi française, lorsqu'elle régit un domaine spécial, peut-elle déroger aux règles générales du droit communautaire ?

Il appartient au législateur -et plus généralement aux autorités politiques des États- de prévenir ab initio et dans toute la mesure du possible ce type de conflit, soit lors de la négociation de la norme communautaire, soit au moment de l'élaboration de l'acte de transposition ; faute de quoi on doit craindre des interprétations jurisprudentielles ultérieures qui ne manqueraient pas d'introduire dans le domaine concerné des distorsions préjudiciables à l'intégration juridique européenne.

Dans cette optique, et afin de prévenir les conflits entre la norme communautaire et les corpus spécifiques du droit interne, le législateur

européen a parfois jugé nécessaire de sauvegarder une certaine marge de manœuvre des États membres, soit en procédant par directive, soit, comme dans le cas présent, en laissant aux États la possibilité d'aménager la mise en œuvre du règlement par le jeu d'options laissées à leur libre appréciation.

Dans le cas des G.E.I.E., la faculté laissée aux États d'autoriser, de restreindre ou d'interdire l'adhésion des professions libérales procédait du souci pragmatique d'éviter d'épineux conflits juridiques, dans la mesure où ces professions y font généralement l'objet de règles dérogatoires très spécifiques ancrées dans leurs traditions juridiques respectives.

Cette démarche de bon sens ne ressortit pas à la méthodologie juridique proprement dite, mais plus simplement aux principes mêmes qui régissent, au moment de son élaboration, les rapports politiques du droit communautaire et des droits internes des différents partenaires de la Communauté (l'unanimité au Conseil conférant toute efficacité à leurs stratégies normatives propres).

En revanche, on constate qu'au niveau de chaque État membre, lorsqu'il est confronté à un problème de transposition, les moyens mis en œuvre pour concilier le droit communautaire général et le droit interne spécial (ou parfois pour éluder cette question) peuvent faire l'objet d'hésitations méthodologiques. La précédente section du présent chapitre ("*Le niveau souhaitable de précision rédactionnelle*" cf. supra.) a déjà rendu compte d'une série de difficultés de cette nature, abordées dans leur aspect purement rédactionnel.

Sur le fond, il convient de souligner que la mise en place des G.E.I.E. soulevait également de nombreux problèmes en ce qui concernait les professions libérales françaises, et notamment les professions juridiques et judiciaires dotées de statuts non seulement très spécifiques, mais surtout virtuellement susceptibles d'une réforme importante, dont pourtant les lignes directrices n'étaient pas encore définitivement arrêtées en 1989 (15).

La date-butoir de transposition, fixée par le règlement communautaire lui-même au 1er juillet 1989 (articles 41 et 43) plaçait ainsi le législateur français devant une alternative instante et particulièrement complexe :

- soit fixer immédiatement le régime précis applicable aux professions concernées en matière de G.E.I.E., c'est-à-dire anticiper très largement sur l'issue de la réforme en perspective ;
- soit préserver l'avenir, au détriment bien sûr de la précision juridique immédiate du régime ainsi introduit en droit interne.

L'option rédactionnelle "par silence" retenue dans la loi de transposition est largement empreinte de cette seconde

(15) Cette réforme, dont l'examen détaillé excède le cadre de la présente note, était pendante en 1989. Une première avancée faisait l'objet du projet de loi 1988-1989 n°159, modifiant la loi du 31 décembre 1971, et relatif à la faculté d'ouvrir des cabinets secondaires d'avocats. Les deux textes majeurs de ladite réforme n'ont pourtant été déposés qu'en avril 1990 (doc. AN 1989-1990 n° 1210, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, et n° 1211, relatif à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales à statut législatif ou réglementaire, ou dont le titre est protégé). L'interférence possible avec l'ouverture des G.E.I.E. à ces professions apparaissait patente dans la mesure où une des ambitions de ces projets était précisément d'en adapter l'exercice au cadre européen et à la concurrence internationale.

attitude, ainsi qu'en témoignent les interventions lors des débats parlementaires.

C'est ainsi par exemple que le second alinéa de l'amendement n° 2 présenté par la commission des Affaires économiques avait pour objet de définir à titre conservatoire l'articulation entre les règles de fonctionnement des G.E.I.E. et les règles déontologiques spécifiques auxquelles demeureraient soumis les professionnels libéraux susceptibles d'y adhérer :

"nonobstant toute disposition contraire, ils restent toutefois soumis à l'ensemble des dispositions légales ou réglementaires et règles professionnelles ou déontologiques qui s'appliquent à leur profession".

"Pour des raisons de méthodes" (cf supra), le Garde des Sceaux crut préférable d'émettre un avis défavorable sur cet amendement, en large part parce qu'il anticipait une réforme encore mal esquissée :

"Personnellement, je pense qu'il vaudrait mieux le faire, comme on l'envisage d'ailleurs, lorsque les textes de réforme concernant les professions juridiques viendront en discussion -ils seront vraisemblablement déposés d'ici à la fin de l'année" (JO Sénat, 26 avril 1990, p. 401).

Pragmatique ou imprudente ? La méthode préconisée par le Garde des Sceaux ne rallia en tout état de cause pas l'opinion du Sénat, dont le rapporteur ne manqua pas d'émettre la réserve suivante :

"L'argument de M. le Garde des Sceaux, selon lequel de futurs textes, peut-être d'ici la fin de l'année, régleraient la question, ne m'a pas convaincu. Qu'advient-il entre temps ?" (même référence).

On observera à ce propos que déjà difficile lorsqu'elle doit insérer avant une date limite proche un instrument de droit communautaire dans un corpus juridique très homogène et spécifique, la translation devient extrêmement complexe si elle concerne de surcroît un domaine en pleine évolution.

Le texte de transposition ne peut dans ce cas de figure qu'être élaboré a minima, ainsi du reste que le démontre la comparaison entre les dispositions très condensées du premier chapitre de la loi du 13 juin 1989 (chapitre relatif aux G.E.I.E.) et le texte minutieux de l'ordonnance de 1967, modifiée notamment par le second chapitre de la même loi, relative aux G.I.E. de droit interne.

OBSERVATIONS FINALES : LES CONDITIONS ALTÉRÉES DE L'INTERVENTION PARLEMENTAIRE

• La législation sous contrainte

"Écrire la loi", de façon à y transposer aussi clairement et aussi exactement que possible l'intention politique soulève en soi des difficultés méthodologiques parfois très considérables. A fortiori, lorsque l'intention politique émane, comme en l'espèce, d'un autre organe que le législateur interne et qu'elle a de surcroît été exprimée dans un premier acte normatif entièrement rédigé.

L'exemple de la loi de transposition du règlement du Conseil relatif aux groupements européens d'intérêt économique illustre de façon assez caractéristique la complexité de cette démarche, puisque le parlement français

se voyait confronté à une obligation communautaire urgente, dont il n'avait négocié ni le contenu, ni la forme.

Le problème est bien sur avant tout politique, en ce qu'il concerne la répartition hiérarchisée des compétences normatives entre le législateur communautaire et le législateur interne. Les observations en démontrent néanmoins le caractère également technique, **directement lié aux procédés de rédaction, c'est-à-dire d'"écriture" de la loi**, à l'égard desquels le Parlement risque d'être confiné dans une position subsidiaire :

M. Jean Arthuis : "Monsieur le Président, Monsieur le Ministre, mes chers collègues, le gouvernement peut-il rédiger la loi à Bruxelles, et transformer le parlement en office notarial ? ... Le problème se pose aujourd'hui de savoir si le parlement français, donc le Sénat, ne risque pas d'être réduit au simple rôle de législateur secondaire et subsidiaire..." (JO Sénat 26 avril 1989, p. 398).

On pourrait du reste établir un curieux parallèle entre la méthodologie d'élaboration du régime juridique des G.I.E. de droit français et celle des G.E.I.E. de droit européen, puisque les assemblées parlementaires n'ont été associées ni à la définition du premier (qui résulte d'une ordonnance prise dans le cadre de l'article 38 de la Constitution) ni à la création du second (institué par voie de règlement communautaire) : dans les deux cas, *l'"utilisateur de la norme"* -pour reprendre l'expression de M. Pierre Dumas- se trouve en face d'un texte auquel le Parlement n'a pratiquement pas apporté sa contribution. Tout autorise à penser que faute de véritable maîtrise sur les textes en discussion, **les options méthodologiques finalement retenues procèdent plus de contraintes rédactionnelles externes que de choix juridiques mûrement arrêtés.**

• Une information parlementaire insuffisante

À la frontière entre la méthodologie juridique proprement dite et les conditions techniques d'élaboration de la loi, on observe que lors de l'adaptation du règlement C.E.E. relatif aux G.E.I.E., le législateur français s'est à plusieurs reprises inquiété des carences objectives des moyens d'information mis à sa disposition pour lui permettre d'accomplir son travail normatif dans des conditions satisfaisantes. La difficulté d'accéder aux textes européens, par exemple, a fait l'objet de plusieurs interventions en séances publique (cf. supra).

Sans préjuger l'avenir, et à titre purement conservatoire, M. Pierre Dumas, rapporteur, et M. Jean Arthuis indiquèrent d'ailleurs que la commission des Affaires économiques du Sénat annexerait désormais à ses rapports écrits les textes des règlements européens et des directives communautaires liés au projet en discussion, *"ainsi que des éléments d'information de droit comparé"* (cf. par exemple JO Sénat - 26 avril 1990, p. 399).(16)

(16) Peu après, l'Assemblée Nationale a d'ailleurs repris à son compte cette initiative, sur proposition de résolution de M. Mermaz (AN 19988-1989 n°692) et M. Méhaignerie (AN 1988-1989 n° 550) rapportées conjointement, en introduisant dans l'article 86 de son règlement une disposition relative à l'information des députés sur la législation en vigueur dans les autres États de la C.E.E. (JO du 6 juillet 1989).

• **Des problèmes méthodologiques susceptibles de se reposer à brève échéance**

Les problèmes évoqués dans le présent article risquent à nouveau de se poser dans des termes sans doute assez analogues, si les négociations en vue de la création d'une "société anonyme européenne" (S.A.E.) devaient aboutir dans un délai proche.

En l'état actuel, cet instrument de droit commercial européen fait l'objet de deux propositions de la commission des communautés européennes :

- une proposition de règlement (C.E.E.) du Conseil portant statut de la société européenne (17),
- une proposition de directive du Conseil complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne la place des travailleurs.

La proposition de règlement, -quoique beaucoup plus précise que le règlement relatif aux G.E.I.E., et comportant en l'état actuel 137 articles-renvoie en effet sur un certain nombre de points aux législations nationales, comme par exemple en matière de contrôle de la légalité de constitution de la S.A.E. (article 15), d'établissement ou de prise d'effet des projets de fusion (article 18 § 3, article 25), ou en matière fiscale (article 133 § 4).

La complexité de l'opération de transposition pourrait même être accrue par la référence dans le règlement lui-même à certaines directives complémentaires, soit antérieures audit règlement (nombreuses directives afférentes à la législation européenne sur les sociétés, dont en toute logique, les États membres ont déjà dû prendre en compte les objectifs dans leurs législations respectives), soit restant à élaborer (cf. notamment l'article 135 de la proposition de règlement, qui renvoie "*aux dispositions de la directive .../.../C.E.E.*", laquelle n'est encore qu'à l'état de proposition de la commission).

Comme pour le G.E.I.E., la création de la S.A.E. par voie de règlement du Conseil répond à un mécanisme logique : chaque instrument original du droit communautaire doit procéder d'une norme européenne obligatoire et autonome et fonctionner suivant des règles identiques dans tous les États membres.

On mesure néanmoins les difficultés méthodologiques auxquelles ce schéma pourtant simple peut se heurter : la transposition en droit français des règles relatives au G.E.I.E. en a fourni un premier exemple révélateur.

Il n'est pas exclu qu'avant le 1er janvier 1992 (date butoir proposée par la commission pour l'entrée en vigueur du règlement du Conseil) le parlement soit à nouveau confronté à de telles difficultés, lorsqu'il sera appelé à préciser les modalités de fonctionnement de la société anonyme européenne.

(17) Plus généralement désignée "Société anonyme européenne" ou S.A.E., dans la mesure où la société européenne serait obligatoirement de forme anonyme avec un capital divisé en actions. cf. article premier de la proposition du règlement du Conseil.

**ASPECTS MÉTHODOLOGIQUES
DE LA TRANSPOSITION EN DROIT
FRANÇAIS DE LA DIRECTIVE DU CONSEIL
DU 22 JUIN 1987
CONCERNANT L'ASSURANCE
PROTECTION JURIDIQUE**

Par

Jean-Jacques ALEXANDRE

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

L'étude de la transposition de la directive du Conseil du 22 juin 1987 concernant l'assurance protection juridique (J.O.C.E. n° L 185 du 04 juillet 1987, G.P. 1987, 2, L 373) peut nous permettre de mieux comprendre les modes d'élaboration des textes français pris en application d'une norme communautaire.

Il est intéressant d'examiner comment les instances communautaires en concours avec les autorités nationales lèvent les obstacles juridiques à la libre concurrence dans un secteur des assurances traditionnellement cloisonné (J. B. Blaise, "La concurrence dans le secteur des services", Rev. de Jur. Com. n° spécial novembre 1987, p. 124). La plupart des États, à l'exception du Royaume-Uni et des Pays-Bas, connaissent encore une réglementation reposant sur des agréments ce qui constitue bien évidemment un des obstacles à la libre circulation des services. De plus, et pour des raisons de protection des assurés, les États membres ont posé dans l'ensemble des règles protectrices minutieuses et complexes de gestion des entreprises d'assurances opérant sur leur sol.

Pour créer un marché unique de l'assurance les organes de la Communauté ont adopté une méthode reposant sur le "couple libération-harmonisation" (cf. M. Vasseur, "Vers l'Europe financière unifiée", Rev. de Jur. Com. n° spécial novembre 1987, pp. 117 et s.) laquelle consiste à coordonner les réglementations nationales ce qui doit naturellement permettre la libéralisation du secteur d'activité concerné. Cette démarche suppose donc l'adoption d'au moins deux directives dans chaque domaine, l'une pour coor-

donner les réglementations nationales, l'autre pour supprimer les restrictions à la libre prestation de services. Et parfois une troisième directive s'impose pour la mise en oeuvre de la liberté d'établissement.

C'est ce lourd processus qui a été retenu par les instances communautaires pour libéraliser l'assurance protection juridique laquelle a pour objet de garantir la mise en oeuvre, aux frais de l'assureur, des moyens nécessaires à l'assuré pour lui permettre d'exercer ses droits ou d'assurer sa défense (Sur ce type d'assurance V. F. Berdot, "L'assurance de protection juridique en France", R.G.A.T. 1982, pp. 145-161 ; B. Cerveau, *Jurisclasseur Civil annexes*, Fasc. 60, Assurance protection juridique).

En application de l'article 189 du Traité de Rome, le Conseil a arrêté deux directives conjointes du 24 juillet 1973. La première n° 73/239 dite directive de coordination en assurance-dommage (Cf. J. Toussaint, "L'instauration de la liberté d'établissement en assurance-dommage, R.G.A.T. 1973, p. 579), la seconde n° 73/240 dite directive de libération vise à supprimer en matière d'assurance directe les restrictions à la liberté d'établissement (R.G.A.T. 1973, p. 575).

Le principal apport de ces directives a été de donner la faculté à toute entreprise d'assurances le pouvoir de se constituer, d'établir une agence ou une succursale dans un quelconque pays de la communauté et ce, dans les mêmes conditions que les entreprises ressortissantes du pays d'établissement.

Toutefois elles n'ont pas permis de réaliser une harmonisation totale. Premièrement l'article 7 paragraphe 2 point C de la directive 73-239 du 24 juillet 1973 avait accepté, à titre provisoire, une entrave à l'établissement sur le territoire allemand des sociétés étrangères en maintenant l'interdiction de cumuler l'assurance protection juridique avec d'autres branches. La conséquence a été d'écarter du marché allemand toutes sociétés multibranches alors qu'il représentait 80 % de l'encaissement européen dans cette catégorie (B. Cerveau, "L'intégration de la directive communautaire relative à l'assurance de protection juridique en droit français par la loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989", R.G.A.T. 1990, p. 48). Deuxièmement il n'a pas été possible d'harmoniser le poste le plus important du bilan des entreprises d'assurances, à savoir les provisions techniques représentatives des engagements pris à l'égard des assurés. Face aux trop grandes divergences de législations il a fallu se contenter d'un rapprochement substantiel des législations. C'est ce que fit le Conseil des Communautés européennes qui, après douze années de travaux, prit la directive n° 87/344 du 22 juin 1987 portant coordination des dispositions législatives réglementaires et administratives concernant l'assurance protection juridique (v. son commentaire par B. Cerveau et H. Margeat, G.P. 1987, 2, doct. pp. 580-588).

L'article 1 de cette directive indique un double objectif à atteindre par les États membres :

- faciliter l'exercice effectif de la liberté d'établissement ce qui conduit à mettre fin au régime de la spécialisation absolue imposée en Allemagne.
- protéger l'assuré contre les risques de conflits qui peuvent naître entre lui et son assureur en cas de divergence d'intérêts.

Ces objectifs sont inscrits dans une véritable directive. Les instances nationales bénéficient d'un cadre relativement souple assorti d'un régime d'options à plusieurs niveaux pour traduire la directive en droit interne. Le titre II de la loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 (V. les commentaires de J.

Bigot, J.C.P. 1990, I, 3437, spéc. n° 27 à 31, H. Groutel, Resp. Civ. et assur., février 1990, spéc. pp. 3 et 4 ; Y. Lambert-Faivre, Actualité Législative Dalloz 1991, spéc. pp. 9-13) ajoute un chapitre VII intitulé "l'assurance de protection juridique" dans le titre II du livre Ier du Code des assurances (art. L 127-1 à L 127-7) et une section VII au chapitre 1er du titre II du livre III relatif aux entreprises de ce même code (art. L 321-6 complété par le décret n° 90-697 du 1er août 1990 - J.O.R.F. 8 août 1990, p. 9613-). Enfin, l'article 4 du décret n° 90-815 du 14 septembre 1990 (J.O.R.F. 15 septembre 1990) modifie et complète l'article R. 321-3 du Code des assurances relatif à la protection juridique branche accessoire pour respecter les prescriptions de l'article 9 de la directive (V. B. Cerveau, "Assurance de protection juridique - les décrets d'application fixant les modalités de gestion des sinistres" - G.P. 28 février 1991 pp. 10-14 et spéc. p. 14).

Ces ajouts et modifications au Code des assurances intègrent donc les dispositions communautaires aux moyens d'une loi et de deux décrets d'application. La comparaison de ces différents textes normatifs permet de constater que les autorités françaises ont transposé assez fidèlement les dispositions de la directive. D'une part, elles ont respecté la directive à la lettre, d'autre part elles ont respecté son esprit.

I - LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE À LA LETTRE

La transposition de la directive du 22 juin 1987 en droit interne a été d'autant plus facile que l'assurance de protection juridique n'avait jamais été réglementée en France.

L'on comprend dans ce contexte que le législateur ait pu tantôt se livrer à une transposition pure et simple des dispositions communautaires en ayant recours au mot à mot et qu'il ait pu tantôt user du choix entre les nombreuses options offertes par la directive.

A - LA TRANSPOSITION PURE ET SIMPLE DE LA DIRECTIVE

Le recours au mot à mot se justifie aisément dans la détermination du champ d'application de l'assurance de protection juridique, dans l'exigence d'un contrat ou d'un chapitre distinct, dans l'obligation d'informer l'assuré sur ses droits.

1 - La détermination du champ d'application de l'assurance protection juridique

L'article 2 paragraphe 2 de la directive déclare :

"Toutefois, la présente directive ne s'applique pas :

- à l'assurance-protection juridique lorsque celle-ci concerne les litiges ou des risques qui résultent de l'utilisation de navires de mer ou qui sont en rapport avec cette utilisation,
- à l'activité exercée par l'assureur de la responsabilité civile pour la défense ou la représentation de son assuré dans toute procédure judiciaire ou administrative, dans la mesure où cette activité est exercée en même temps dans son intérêt au titre de cette couverture" ...

L'article L 127-6 du Code des assurances reprend ces exclusions presque mot à mot en allégeant le style : "les dispositions du présent chapitre ne s'appliquent pas :

1° - À l'assurance de protection juridique lorsque celle-ci concerne des litiges ou des risques qui résultent de l'utilisation de navires de mer ou sont en rapport avec cette utilisation :

2° - À l'activité de l'assureur de responsabilité civile pour la défense ou la représentation de son assuré dans toute procédure judiciaire ou administrative, lorsqu'elle s'exerce en même temps dans l'intérêt de l'assureur".

2 - L'exigence d'un contrat ou d'un chapitre distinct

L'article 3 de la directive prévoit l'individualisation de l'assurance de protection juridique :

"La garantie "protection juridique" doit faire l'objet d'un contrat distinct de celui établi pour les autres branches ou d'un chapitre distinct d'une police unique avec indication du contenu de la garantie "protection juridique"..."

Maintenant je reproduis l'article L 127-2 pour bien montrer l'exacte correspondance entre les deux textes :

"L'assurance de protection juridique fait l'objet d'un contrat distinct de celui qui est établi pour les autres branches ou d'un chapitre distinct d'une police unique avec indication du contenu de l'assurance de protection juridique"..."

3 - L'obligation d'informer l'assuré sur ses droits

L'article L 127-5 dispose qu'"en cas de conflit d'intérêt (sic) entre l'assureur et l'assuré ou de désaccord quant au règlement du litige, l'assureur de protection juridique informe l'assuré du droit mentionné à l'article L 127-3 (droit de choisir librement un avocat) et de la possibilité de recourir à la procédure mentionnée à l'article L 127-4 (possibilité de participer à la désignation d'une tierce personne pour trancher le différend entre l'assureur et l'assuré)".

Ce texte est rigoureusement conforme à l'article 7 de la directive :

"Chaque fois qu'un conflit d'intérêts surgit ou qu'il existe un désaccord quant au règlement du litige, l'assureur de la protection juridique, ou le cas échéant, le bureau de règlement des sinistres doit informer l'assuré :

- du droit visé à l'article 4,

- de la possibilité de recourir à la procédure visée à l'article 6".

B - LA TRANSPOSITION AVEC FACULTÉ OPTIONNELLE DE LA DIRECTIVE

La directive de 1987 comporte de nombreuses dispositions facultatives repérées par les expressions "si un État membre le souhaite", "si l'État membre le requiert" etc.

Ces dispositions optionnelles portent sur le contenu du contrat et concernent les entreprises d'assurances.

1 - Les dispositions optionnelles relatives au contrat d'assurance

a) L'article 3 paragraphe 1 in fine de la directive autorise les États membres à recourir à un chapitre distinct d'une police avec indication "de la prime correspondante". Cette faculté est retenue par le législateur français dans l'article L 127-2 in fine.

b) L'article L 127-4 transpose les dispositions de l'article 6 de la directive relative à l'organisation d'"une procédure arbitrale ou une autre procédure présentant des garanties comparables d'objectivité..." en cas de désaccord entre l'assureur et l'assuré en optant pour la deuxième branche de l'alternative.

c) Enfin le législateur ne profite pas de la faculté qui lui était offerte, par l'article 2 paragraphe 2, 3ème de la directive, de prévoir l'exclusion de son champ d'application la protection juridique exercée par les sociétés d'assistance. Il résulte du silence de la loi de 1989 et de l'application de l'article 4 du décret n° 90-815 du 14 septembre 1990 que les garanties de protection juridique accessoires aux contrats d'assistance sont soumises à la directive.

2 - Les dispositions optionnelles relatives aux entreprises d'assurances

La longue élaboration de la directive s'explique par la difficulté de choisir entre les nombreux modes de gestion de l'assurance de protection juridique rencontrés dans les pays de la Communauté. L'Allemagne connaît la spécialisation obligatoire des entreprises d'assurance de protection juridique. Les autres pays de la Communauté connaissent un régime mixte dans lequel les assureurs spécialisés cohabitent avec les sociétés multibranches.

À défaut de pouvoir choisir entre les systèmes en présence, les rédacteurs de la directive ont donné, dans l'article 3 paragraphe 2, aux entreprises le choix entre trois options, considérées comme équivalentes, ouvertes aux États membres. L'article L 321-6 retient ce triple choix. Par suite les sociétés pratiquant l'assurance de protection juridique devront désormais choisir entre l'une des options suivantes :

- la gestion des sinistres par un personnel distinct,
- la gestion des sinistres par une entreprise juridiquement distincte.
- la gestion du sinistre par un avocat.

a) La gestion des sinistres par un personnel distinct de celui qui travaille pour les autres branches d'assurances.

L'article R 127-1 du Code des assurances inséré par le décret d'application n° 90-697 du 1er août 1990 dispose que, dès la première demande de mise en jeu de la garantie de protection juridique, l'assuré doit être informé de l'adresse du ou des services distincts assurant le traitement des sinistres de la branche de protection juridique.

b) La gestion des sinistres par une entreprise juridiquement distincte.

La formule de l'article L 321-6 alinéa 1, deuxième tiret ne développe pas le mécanisme proposé. C'est le décret d'application susvisé qui, reprenant les dispositions de l'article 3-2 b de la directive, dispose dans un article R 321-22 alinéa 3 du Code des assurances :

- que les membres du personnel de la société de protection juridique chargés de la gestion des sinistres ou des conseils juridiques relatifs à cette gestion n'exercent pas la même activité pour le compte de l'autre entreprise.
- que ses dirigeants ne sont pas aussi les dirigeants de l'autre entreprise.

De plus, l'article R 321-24 du Code des assurances inséré par le décret du 1er août 1990 précise que l'entreprise juridiquement distincte à qui est confiée la gestion des sinistres de la branche de protection juridique doit être soit une entreprise régie par le Code des assurances, soit une société civile, soit une société commerciale, soit un groupement d'intérêt économique.

c) La gestion du sinistre par un avocat ou le système de l'assurance tiers payant.

Ce mode de gestion prévu par l'article 3-2 c de la directive est repris par l'article L 321-6 alinéa 1, troisième tiret, du Code des assurances. Il autorise l'assuré à confier son dossier à un avocat ou à une autre personne qualifiée dès l'apparition du sinistre. L'article R 127-3 inséré par le décret du 1er août 1990 prévoit que tous les documents contractuels doivent "comporter une mention indiquant, en caractères très apparents, que lorsque l'assuré est en droit de réclamer l'intervention de l'assurance de protection juridique au titre de la police, il a le droit de confier la défense de ses intérêts à un avocat ou à une personne qualifiée de son choix". En outre, dès la réception d'une déclaration de sinistre, l'assureur doit lui rappeler ce droit.

Ces nombreuses précisions qui ne font qu'aménager la directive dépassent la lettre du texte. Il est donc temps d'étudier la transposition de la norme communautaire dans l'esprit du texte.

II - LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE DANS L'ESPRIT DU TEXTE

Pour atteindre l'un des objectifs fixé par la directive (savoir la protection de l'assuré), les autorités françaises ont non seulement aménagé certaines dispositions du texte communautaire mais encore ajouté d'autres mesures.

A - LES DISPOSITIONS DE LA DIRECTIVE AMÉNAGÉES

Les aménagements effectués par le législateur portent sur la définition et le contenu du contrat d'assurance.

1 - L'aménagement de la définition de l'assurance protection juridique

L'article L 127-1 définit plus largement l'opération d'assurance de protection juridique que ne le fait l'article 2 paragraphe 1 de la directive. Selon ce dernier article, l'assurance protection juridique "consiste à souscrire, moyennant le paiement d'une prime, l'engagement de prendre en charge des frais de procédure judiciaire et de fournir d'autres services découlant de la couverture d'assurance, notamment en vue de :

- récupérer le dommage subi par l'assuré, à l'amiable ou dans une procédure civile ou pénale,
- défendre ou représenter l'assuré dans une procédure civile, pénale, administrative ou autre, ou contre une réclamation dont il est l'objet".

Le texte national dispose :

"Est une opération d'assurance de protection juridique toute opération consistant, moyennant le paiement d'une prime ou d'une cotisation préalablement convenue, à prendre en charge des frais de procédure ou à fournir des services découlant de la couverture d'assurance, en cas de différend ou de litige opposant l'assuré à un tiers, en vue notamment de défendre ou représenter en demande l'assuré dans une procédure civile, pénale, administrative ou autre ou contre une réclamation dont il est l'objet ou d'obtenir réparation à l'amiable du dommage subi".

Nous constatons en premier lieu que cet article L 127-1 fait logiquement référence au mot "cotisation", à côté de la prime, pour tenir compte de la spécificité du régime des mutuelles en France. En second lieu, le législateur précise, à juste titre, le fait générateur de la garantie qui constitue le sinistre proprement dit, à savoir l'existence d'un différend ou d'un litige entre l'assuré et un tiers. Enfin, la loi française ne limite pas l'assurance à la seule prise en charge des frais de procédure judiciaire (civile, pénale, administrative) ; elle y englobe les frais inhérents aux procédures extrajudiciaires.

2 - Les aménagements du contenu du contrat d'assurance

Les articles R 127-1, R 127-2 et R 127-3 du Code des assurances insérés par le décret du 1er août 1990 imposent l'indication de la modalité de gestion des sinistres dans les documents contractuels. À ces dispositions relatives à l'information de l'assuré s'ajoutent celles relatives à l'aménagement du principe du libre choix de l'avocat et celui du règlement du désaccord entre l'assureur et l'assuré.

a) L'aménagement du principe du libre choix de l'avocat.

L'article L 127-3 alinéa 1 et 2 du Code des assurances, reprenant les dispositions de l'article 4 paragraphe 1 a et b de la directive, pose un principe de liberté de choix de l'avocat par l'assuré qui joue dans deux situations : l'une normale, l'autre inhabituelle.

- La situation normale se manifeste lorsqu'il doit être fait appel, en cas de procédure, à un avocat ou à toute autre personne légalement qualifiée. Ici encore, le législateur français a entendu garantir à l'assuré le choix de son avocat dans des hypothèses plus larges que celles visées par la directive. En effet, l'article 4 paragraphe 1 a du texte communautaire n'impose le libre choix qu'en cas de procédure judiciaire ou administrative alors que l'article L 127-3 alinéa 1 permet à l'assuré de choisir son avocat même en dehors de tout contentieux comme l'indique le renvoi aux "circonstances prévues à l'article L 127-1".

- La situation inhabituelle surgit lorsqu'un conflit d'intérêts oppose l'assureur à son assuré précise l'article L 127-3 alinéa 2. Tel est le cas lorsqu'un conflit naît du fait que l'assureur couvre à la fois la victime en protection juridique et l'auteur du dommage au titre d'un autre contrat ou encore le cas où l'assureur propose un partage de responsabilité que l'assuré refuse pour éviter l'imputation d'une part de responsabilité qui, en assurance automobile, entraîne un malus.

b) L'aménagement du règlement du désaccord entre l'assureur et l'assuré.

Le "désaccord" mentionné à l'article L 127-4 ne doit pas être confondu avec le "conflit d'intérêt" de l'article L 127-3 alinéa 2. Le désaccord qui retient maintenant notre attention porte sur l'objet même du contrat d'assurance protection juridique : l'assureur ne partage pas l'opinion de l'assuré sur les droits qu'il invoque, sur ses chances de succès dans un procès, ou sur la manière de gérer le dossier et refuse, en conséquence, de garantir son assuré.

Comme l'article 6 de la directive est muet sur la manière de trancher ce désaccord, l'article L 127-4 organise son règlement en disposant :

"Le contrat stipule qu'en cas de désaccord entre l'assureur et l'assuré au sujet de mesures à prendre pour régler un différend, cette difficulté peut être soumise à l'appréciation d'une tierce personne désignée d'un commun accord par les parties, ou, à défaut, par le président du tribunal de grande instance statuant en la forme des référés. Les frais exposés pour la mise en oeuvre de cette faculté sont à la charge de l'assureur. Toutefois, le président du tribunal de grande instance, statuant en la forme des référés, peut en décider autrement lorsque l'assuré a mis en oeuvre cette faculté dans des conditions abusives".

Il est bien entendu que l'assuré n'est pas tenu de respecter l'avis de la tierce personne désignée. Si cette dernière est du même avis que l'assureur, l'assuré pourra poursuivre l'affaire à ses frais et, en cas de succès de son action, l'assureur devra le défrayer dans les limites de la garantie comme l'indique l'article L 127-4 alinéa 2 :

"Si l'assuré a engagé à ses frais une procédure contentieuse et obtient une solution plus favorable que celle qui lui avait été proposée par l'assureur ou par la tierce personne mentionnée à l'alinéa précédent, l'assureur l'indemnise des frais exposés pour l'exercice de cette action, dans la limite du montant de la garantie".

B - LES DISPOSITIONS AJOUTÉES À LA DIRECTIVE

Pour renforcer la position de l'assuré vis-à-vis de l'assureur le législateur a imposé dans le nouveau texte de la loi de 1989 des dispositions que l'on peut qualifier d'originales en ce qu'elles n'ont aucun point de soutien direct dans la directive.

Ces dispositions, au nombre de trois, vont au-delà de la lettre du texte mais ne sont pas, à notre avis, contraire à son esprit.

1 - Il faut d'abord citer l'article L 127-3 in fine qui déclare :
"Aucune clause du contrat ne doit porter atteinte, dans les limites de la garantie, au libre choix ouvert à l'assuré par les deux alinéas précédents".

2 - Ensuite il faut reproduire l'article L 127-4 in fine :
"Lorsque la procédure visée au premier alinéa de cet article (c'est à dire la procédure visant au règlement des désaccords entre l'assureur et l'assuré) est mise en oeuvre, le délai de recours contentieux est suspendu pour toutes les instances juridictionnelles qui sont couvertes par la garantie d'assurance et que l'assuré est susceptible d'engager en demande, jusqu'à ce que la tierce personne chargée de proposer une solution en ait fait connaître la teneur".

L'application de cet alinéa qui ne fixe aucun délai à la tierce personne pour rendre son avis alors que le recours à cette procédure entraîne une suspension des délais de recours contentieux ne manquera pas de soulever certains problèmes (Cf. Cl. Giverdon et J.-L. Lecharny, "Délais de recours contentieux et souscription d'une assurance de protection juridique", J.C.P. 1991, I, 3482).

3 - Enfin, l'article L 127-7 crée une nouvelle catégorie de personnes soumise au secret professionnel en disposant que :
 "Les personnes qui ont à connaître des informations données par l'assuré pour les besoins de sa cause, dans le cadre d'un contrat d'assurance de protection juridique, sont tenues au secret professionnel, dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 378 du code pénal".

L'examen de la transposition de la directive du 22 juin 1987 en droit interne permet de tirer quelques constatations d'un point de vue méthodologique.

D'abord il est à remarquer que tant le rapporteur de la commission des lois au Sénat (M. Haenel) que celui à l'Assemblée nationale (Mme Catala) ont constaté que la transposition de la directive ne posait aucune grosse difficulté de méthode. Seul un point relatif à la technique législative ou réglementaire à utiliser pour la transcription d'une partie du texte communautaire a été discuté au cours du vote de la loi du 31 décembre 1989. Le projet de loi initial (Sénat, seconde session ordinaire de 1988-89 n° 234, annexe au procès verbal de la séance du 3 avril 1989) ne comportait aucune disposition relative aux modes de gestion de l'assurance de protection juridique. Le Ministre de l'Économie et des Finances, Monsieur Beregovoy, a justifié le projet en déclarant : "Si nous n'avons pas retenu cette disposition du paragraphe 2 de l'article 3 de la directive du 22 juin 1987, c'est parce que le gouvernement, comme le Conseil d'État ont considéré qu'il s'agissait d'une disposition de nature réglementaire" (Sénat, séance du 10 octobre 1989, J.O.R.F., débats p. 2496). La commission des lois du Sénat a tenu à insérer les mesures de la directive concernant les trois options relatives aux modalités de gestion de l'assurance de protection juridique étant précisé dans l'article L 321-6 in fine du Code des assurances que les modalités d'application du présent article seront prises par décret en Conseil d'État.

Ensuite, nous sommes loin des problèmes de méthodologie juridique rencontrés par la commission des affaires économiques du Sénat lors de la transposition du règlement communautaire C.E.E. n° 213/85 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique. La différence d'approche de la difficulté inhérente à toute transposition résulte de la nature de la norme communautaire à transposer. La directive qui a retenu notre attention est claire et simple et a été élaborée pendant douze ans ce qui a permis de tenir compte des particularismes nationaux des entreprises distribuant l'assurance protection juridique. Ce long temps d'élaboration de la directive a permis aux entreprises d'assurances de s'adapter aux exigences communautaires si bien qu'après la directive le secrétaire général des Rencontres Internationales des Assureurs Défense a pu estimer que la transposition de la directive dans les droits internes ne devrait pas entraîner "de révolution" (Propos rapportés par B. Cerveau, Assure Expo, Paris 9 février 1989, L'Assurance défense en Europe 2/1989, p. 30). Pour autant peut-on être satis-

fait de la transposition française ? Ce n'est pas sûr car bien que réalisée avec fidélité elle ne permet peut-être pas d'atteindre l'harmonisation souhaitée. En effet, le recours à la technique de la directive de coordination libératrice du marché recèle en elle-même ses propres limites. Pour être effective la directive doit être relayée par une norme nationale. Or la norme communautaire se fond, pour ne pas dire se confond, dans le droit national sans pour autant qu'un signe ne la distingue de la norme d'origine nationale de telle sorte que l'interprète oublie sa spécificité et ne se rend pas obligatoirement compte qu'il "fait" du droit communautaire. Il existe donc un risque de "gauchissement" de la norme communautaire sous la plume de l'autorité nationale qui la transpose en ayant recours à des mots plus ou moins adéquats. Illustrons notre propos ! La directive offre aux États membres dans un article 3-2 b, la possibilité d'exiger de l'assureur qui sollicite un agrément pour la branche 17 (protection juridique) et qui choisit le système de gestion des sinistres par une entreprise juridiquement distincte l'obligation de fournir la preuve que l'entreprise juridiquement distincte gestionnaire des sinistres est bien indépendante de la société d'assurances. La France a opté pour ce renfort des intérêts de l'assuré dans l'article L 321-6 tiret 2 complété par l'article R 321-22 alinéa 3-2°, lequel dispose que les dirigeants de l'entreprise confiant la gestion des sinistres ne doivent pas être en même temps les dirigeants de l'entreprise qui les gère. Le décret du 1er août 1990 qui retient cette notion de "dirigeant" va au-delà de l'exigence de la directive qui se contente de se référer à l'organe de direction. Il va sans dire qu'en application des principes posés par la Cour de justice des communautés européennes en matière de transposition des directives en droit national (V. l'article fondamental de Y. Galmot, J. Cl. Bonichot, Rev. fr. droit adm. 1988-1 pp.1-23), l'erreur de transposition peut être éliminée par les mécanismes traditionnels de contrôle de légalité du droit national. Le juge français peut apprécier la légalité d'un décret. Et en général il a été jugé par la Cour de justice des communautés européennes, le 8 octobre 1987 (aff. 80/86 Kolpinghuis Nijmegen BV, J.C.P. 1988, II, 20934) que le juge national doit tenir compte des directives communautaires dans l'interprétation des textes nationaux intervenant dans la même matière. De plus, il est possible de demander à la C.J.C.E., par renvoi préjudiciel de l'article 177 du Traité de Rome, d'interpréter l'expression "organe de direction" contenue dans la directive afin d'interpréter la norme interne par ricochet. Mais il est bien évident que toutes ces actions visant à faire respecter le droit communautaire ne peuvent être intentées que si les justiciables ont connaissance de l'origine communautaire de la norme nationale. Par cette remarque nous voulons montrer que la transposition d'une norme communautaire ne se réalise pas une bonne fois pour toutes. L'effectivité de la transposition dépend de l'interprétation homogène par les juges des mots utilisés par les autorités nationales laquelle doit être conforme à l'esprit de la norme communautaire. Sans interprétation uniforme des règles issues du droit communautaire il ne peut y avoir d'égalité entre les opérateurs économiques !

Enfin cette étude nous permet de tirer une dernière constatation classique : la coordination n'est pas l'unification. Pour s'en convaincre il suffit d'examiner comment notre voisin allemand a transposé dans son droit une donnée essentielle de la directive européenne (sur cette transposition V. K. Potthoff, L'assurance défense en Europe 4/1990, pp. 26-28). Parmi les transpositions décrites par le paragraphe 2 de l'article 3 de la directive, l'Allemagne

a choisi la seule option b transférant la gestion des sinistres à une entreprise juridiquement distincte. Mais il est regrettable qu'elle en ait fait une transposition qui ne facilite pas la venue sur son marché des entreprises multibranches. L'article 8 a de la V.A.G. (loi relative au contrôle des assurances) décide dans son deuxième paragraphe que l'entreprise juridique distincte ne peut avoir comme activité que la gestion des sinistres de la branche protection juridique : il s'agit donc toujours d'une société spécialisée. En conséquence, par cette définition, l'Allemagne exclut de son marché les entreprises multibranches qui décideraient de le pénétrer en se chargeant mutuellement de la gestion des sinistres même s'il n'existait entre elles aucun lien financier. En revanche force est de constater que les cloisons du marché allemand ne sont pas étanches. Depuis l'entrée en vigueur de la directive du 22 juin 1988 les entreprises d'assurances multibranches peuvent offrir sur le marché allemand des prestations d'assurance-protection juridique sur la base de la libre prestation de services.



LA TRANSPOSITION EN FRANCE DE LA DIRECTIVE 89/440 C.E.E. DU 18 JUILLET 1989 PORTANT COORDINATION DES PROCÉDURES DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS DE TRAVAUX

Par

Jean-Yves CHEROT,
Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

Le marché intérieur ne peut être achevé sans que les achats publics, qui représentent plus de 10% du PNB de la Communauté européenne, ne soient réellement ouverts à la concurrence des entreprises dans toute la Communauté. En 1985, 2% seulement des marchés publics étaient accordés à des ressortissants appartenant à d'autres États membres que la collectivité publique adjudicatrice. Le livre blanc de la commission des Communautés sur "l'achèvement du marché intérieur" (1) fait donc avec raison de l'ouverture des marchés publics à la concurrence communautaire un de ses enjeux principaux.

L'application directe des articles 30 (pour les marchés de fourniture) et 59 (pour les marchés de travaux et les marchés de service) du traité C.E.E. ne suffit pas pour assurer, à elle seule, le jeu plein et entier de la libre circulation des marchandises et des services en matière d'achat public. Il faut prévoir, pour garantir l'ouverture des marchés, des règles assurant la transparence des procédures et un choix objectif des titulaires des marchés parmi les concurrents. Les États membres possèdent en général de telles réglementations sur les modes de passation des marchés. Mais, outre le fait que ces règles ne prévoient pas une publication des avis de marché sur le plan communautaire, elles sont d'inégale rigueur et doivent être coordonnées.

Les directives adoptées respectivement en 1971 et 1976 et portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux et de

(1) "L'achèvement du marché intérieur", Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen, juin 1985.

fournitures étaient insuffisantes et incomplètes (2). Aussi le livre blanc a prévu, parmi d'autres actions à mener, un vaste programme de directives nouvelles. Sa réalisation a été facilitée par l'adoption de l'article 100 A du traité C.E.E. (résultant de la réforme du traité par l'Acte unique de 1987).

Le programme de directives nouvelles est largement avancé. La directive "marchés publics de fourniture" a été modifiée le 22 mars 1988. La directive sur les marchés publics de travaux de 1971 a été modifiée profondément par une nouvelle directive du 17 juillet 1989. Une directive dite "recours", améliorant les moyens de faire valoir les droits nés des directives précédentes a été adoptée le 21 décembre 1989. Une directive sur les marchés de services est en préparation (3).

La France a transposé la directive marchés publics de fourniture. Le décret du 18 septembre 1990 a opéré la transposition (4) de la directive "marchés publics de travaux" pour les marchés entrant dans le champ d'application du code des marchés publics. La loi du 3 janvier 1991, titre 2, "soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence", a entamé le processus de transposition de la directive marchés de travaux pour les contrats qui n'entrent pas dans le champ d'application du code des marchés publics (5). Les réflexions ont été engagées sur la transposition de la directive "recours" (6).

Les circulaires jouent un rôle important -plus ou moins développé selon les États membres- dans la réglementation des modes de passation et

(2) "Afin de promouvoir l'ouverture des marchés à un plus grand nombre de soumissionnaires, il est absolument nécessaire d'améliorer d'urgence les directives pour assurer davantage de transparence", livre blanc, p. 23. Il faut par ailleurs assurer un meilleur contrôle de l'application des directives. Si l'on s'en tient à un critère purement théorique de mise en concurrence, en 1985, moins d'un écu sur quatre de dépenses publiques dans les domaines relevant des directives de coordination des marchés faisait l'objet d'une publication au Journal officiel des Communautés.

(3) Les deux directives de coordination sur les marchés de fourniture et les marchés de travaux maintiennent toujours en dehors de leur champ d'application matériel les marchés passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports et (pour la directive fourniture) les marchés dans le secteur des télécommunications. Ces secteurs sont ainsi dits "exclus". En réalité ces marchés sont le plus souvent dans tous les États membres des marchés passés par des entreprises publiques ou des concessionnaires et auraient été automatiquement exclus de ce fait du champ d'application rationae personae des directives. L'ouverture des marchés dans ces secteurs où les pouvoirs publics sont en situation de monopsonie, situation qui a longtemps été mise à profit pour utiliser la commande publique à des fins de dirigisme, pose des problèmes particuliers qu'une autre directive du 17 septembre 1990 a tenté de résoudre (directive dite "secteurs exclus").

(4) Le terme de *transposition* est celui retenu dans cette étude comme dans les travaux de l'atelier de méthodologie juridique. Parfois le législateur ou le Conseil d'État utilisent le terme de *transcription*.

(5) Le Conseil d'État a été saisi par le gouvernement pour avis sur la transposition en droit interne de la directive relative aux marchés publics de travaux. Son rapport, remis en 1990, n'a pas été rendu public. On peut néanmoins se reporter utilement aux considérations générales du Conseil d'État sur "le droit communautaire et les exigences de sa transcription en droit interne", faites dans son rapport public pour 1990, E.D.C.E. 1991, n° 42, pp. 11-15.

(6) Un projet de rapport concernant la directive du 21 décembre 1989 sur les procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fourniture et de travaux est en cours d'étude devant le Conseil d'État (source : "rapport public du Conseil d'État pour 1990"). Sur les problèmes posés par la transposition de cette directive, voir l'article de Philippe Terreyre, Le droit du contentieux des marchés publics dans la perspective de leur ouverture aux opérateurs communautaires, *Les petites affiches*, 10 décembre 1990, n° 148.

des règles de procédures des marchés publics dès lors que cette réglementation n'impose d'obligations qu'à l'administration. Néanmoins dès lors qu'en droit national les circulaires ne pourraient pas être invoquées devant les juges par les entreprises ayant intérêt à l'application de la mise en concurrence dans les marchés publics, une transposition des directives "marchés publics" par voie de simple circulaire serait insuffisante et fautive. Il n'y a aucun motif particulier d'abandonner, à propos des directives "marchés" la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés pour laquelle selon les termes d'Yves Galmot et de Jean-Claude Bonichot si les États membres ont le choix des instruments juridiques de nature à permettre l'application en droit interne d'une directive, "ils ne sauraient s'abstenir de prendre des mesures ayant un véritable caractère juridique, c'est-à-dire, posant des droits et des obligations pouvant faire l'objet d'une sanction juridictionnelle, *ce qui exclut la transposition par de simples circulaires*" (souligné par nous) (7). D'ailleurs, la commission des Communautés a fait des observations à la France pour avoir transposé certaines dispositions de la directive de coordination des marchés de fourniture dans une circulaire et non dans le code des marchés publics qui, lui, a valeur réglementaire.

Cette remarque étant faite de façon préliminaire, la transposition de la directive "marchés publics de travaux", à laquelle ces observations seront limitées, soulève d'intéressantes questions de méthodologie législative.

1.- LA VOIE DE L'ÉCONOMIE DE MOYENS DANS L'OPÉRATION DE TRANSPOSITION

La transposition des nouvelles directives, et notamment de la directive marchés publics de travaux aurait pu être l'occasion de repenser le code des marchés publics, d'élargir son champ d'application et de le restructurer en partie législative et partie réglementaire.

Or, le champ d'application du code a été laissé intact. Le gouvernement a traité par des textes distincts ce qui, dans la directive, relevait de son champ d'application inchangé (transposition réalisée par le décret du 18 septembre 1990 codifié) et ce qui n'en relevait pas (titre 2 de la loi du 3 janvier 1991, non codifiée). Dans l'opération même de transposition des règles pour les marchés relevant du code, le gouvernement a encore fait usage, pour les marchés des collectivités locales (titre 3 du code), des habilitations législatives datant d'avant 1958 et dont la survie, malgré la jurisprudence du Conseil d'État, est douteuse (8). Bien évidemment il n'a pas été question, à

(7) "La C.J.C.E. et la transposition des directives en droit national", R.F.D.A., 1988, p. 8. Voir notamment les arrêts du 6 mai 1980, commission c/ Belgique, du 15 mars 1983, commission c/ Italie, Rec 711 et, en dernier lieu du 30 mai 1991, commission c/ R.F.A., condamnant une transposition dans une circulaire alors que la R.F.A. n'a fait état d'aucune jurisprudence nationale reconnaissant explicitement à cette circulaire un effet direct à l'égard des tiers au-delà de son effet obligatoire pour l'administration.

(8) Au titre des articles 34 et 72 de la Constitution la loi détermine les principes fondamentaux et prévoit les conditions de la libre administration des collectivités locales. La réglementation des marchés des collectivités locales relève donc de la compétence parlementaire. Mais le Conseil d'État, semble-t-il dans un souci pratique et en attendant une réforme difficile du code, a fait prévaloir sur le texte de la Constitution de 1958 des dispositions antérieures fixant différemment la répartition des compétences loi / règlement en matière de marchés publics des collectivités locales. Le décret loi du 12 novembre 1938 relatif aux marchés des collectivités locales et des établissements publics et l'article 21 de la

l'occasion de cette transposition, de créer cette partie législative du code que l'on attend.

La méthode suivie illustre parfaitement le souhait du Conseil d'État pour lequel il convient "d'éviter qu'à l'occasion d'une opération de transcription qui correspond à une logique autonome mais n'exige parfois que des textes courts, les administrations engagent une réforme en profondeur d'une législation, d'une profession ou d'un secteur qui ne peut entraîner que retards et complications dommageables du point de vue des opérations de transcription" (9).

Pour autant, si une réforme en profondeur du code des marchés publics a été remise à plus tard et, en tous cas, sans doute légitimement dissociée de l'opération de transposition, l'unité de la législation dans un seul code profondément restructuré peut être considérée comme déjà annoncée dans le fait que c'est la commission centrale des marchés qui a préparé la transposition pour les marchés qui ne relèvent pas du champ d'application actuel du code.

La transposition de la directive pour les marchés publics "classiques" n'a pas posé les mêmes problèmes (ni les mêmes difficultés) que la transposition de la directive pour les contrats nouvellement concernés par une procédure formelle de passation.

2.- LA MÉTHODE DE TRANSCRIPTION DE LA DIRECTIVE DANS LE CODE DES MARCHÉS PUBLICS

Tous les marchés actuellement soumis au code sont visés également par la directive marchés publics de travaux (10). Pour ces marchés, seul le seuil de 5 million d'écus permet de distinguer les marchés de dimension communautaire des autres. Par ailleurs la réglementation communautaire et la réglementation française dont elle s'inspire sont proches. La transposition dans le code des marchés publics des obligations nées de la directive est donc relativement aisée dès lors que le gouvernement a fait le choix de ne pas modifier le champ d'application du code à l'occasion de la procédure de transposition. Pour autant un choix important a été fait par le gouvernement.

L'administration a choisi de soumettre les marchés publics de travaux de dimension communautaire aux dispositions de droit commun du

loi du 7 août 1957 en ce qui concerne les seuls marchés de travaux ont donné compétence au pouvoir réglementaire pour étendre aux marchés des collectivités locales, sous réserve d'adaptations nécessaires, les dispositions applicables aux marchés de l'État. Le Conseil d'État a jugé (Ass. 29 avril 1981, A.J.D.A., 1981, p. 429, avec une note de Bruno Genevois) que "les prescriptions de l'article 34 de la Constitution n'ont pas eu pour effet de transférer au législateur la compétence attribuée au gouvernement par les textes susvisés". Pour une critique de la jurisprudence sur laquelle se fonde le Conseil d'État, voir Louis Fayoreu, "Le Conseil d'État, défenseur de l'exécutif", à paraître aux Mélanges Boulouis. Voir la réflexion menée sur les lois pré-constitutionnelles par Jérôme Trémeau, "La caducité des lois incompatibles avec la constitution", mémoire pour le D.E.A. de droit public, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1990, 148 pages.

(9) Voir rapport public 1990, E.D.C.E. 1991, p. 15.

(10) Seule différence *ratione personae*, le code s'applique aux marchés passés par tous les établissements publics des collectivités locales, alors que la directive ne vise que les organismes de droit public ayant un caractère autre qu'industriel et commercial et ne concerne donc pas les établissements publics locaux ayant ce caractère.

code des marchés. Ce faisant la transposition a évité la mise en place d'une législation à deux vitesses, une pour les marchés communautaires, une autre pour les marchés ne dépassant pas les seuils.

Cela a conduit à appliquer aux marchés communautaires des dispositions qui peuvent parfois être plus contraignantes que celles prévues par la directive. Par exemple, par rapport à la directive, le code des marchés publics prévoit, au sein des hypothèses de marchés négociés (en principe exceptionnelles), des cas plus nombreux de mise en compétition. Mais cela a conduit aussi à amender utilement le code au profit d'une meilleure mise en concurrence de tous les marchés.

La transposition réalisée de cette façon a généré peu de changements dans les dispositions des livres II et III du code. Le système communautaire s'inspire largement du système du code des marchés publics français. Certes, la réglementation des marchés publics en droit communautaire s'inscrit dans un contexte différent de celui qui prévaut dans les États membres. En droit communautaire, la réglementation des modes de passation et des procédures de mise en compétition des marchés est un instrument essentiel dans l'achèvement du marché intérieur pour la mise en œuvre de la liberté de circulation des produits et des services. En droit national, la réglementation des modes de passation est destinée traditionnellement à assurer une fonction de protection des finances publiques. Cependant, la réglementation de la mise en compétition dans l'octroi des marchés est nécessairement un élément du droit de la concurrence et des préoccupations des politiques de concurrence peuvent, comme c'est le cas en France, influencer la réglementation des marchés (voir l'importante réforme du code des marchés en 1976). Aussi un lien a pu être établi, sans difficultés, entre le droit communautaire et le droit national et il n'a fallu adapter que sur quelques points le droit français des marchés publics. Ainsi figurent désormais dans le code des dispositions nouvelles sur les conditions du rejet des offres anormalement basses. La transposition a ainsi été l'occasion d'un progrès général du droit des marchés publics.

Des obligations vraiment spéciales aux marchés de dimension communautaire et qui n'avaient aucune raison d'être étendues à tous les marchés ont été regroupées dans le nouveau livre V du code. Il s'agit d'abord de l'obligation de publication d'un avis au J.O.C.E. et des délais minima d'attente avant de désigner le titulaire du marché à compter de l'envoi de l'avis au J.O.C.E. (délais plus longs que ceux prévus par les livres II et III du code à propos des publications nationales). Il s'agit encore de consacrer le caractère formaliste de la mise en concurrence dans le cas des marchés négociés avec mise en compétition. Le formalisme de la mise en compétition, qui n'a pas de raison d'être pour les marchés négociés dans le cadre du droit interne, est une obligation spécifique au droit communautaire puisque, sans formalisme, il ne peut y avoir de garantie d'une ouverture à la concurrence communautaire. Le livre V du code précise également la définition des marchés publics de travaux en reprenant formellement la définition de l'objet de ces contrats telle que donnée par la directive et tenant compte du développement de nouvelles formes contractuelles pour la construction d'ouvrages au profit de l'administration : les marchés visés sont ceux qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux ou d'un ouvrage, *soit de faire réaliser, par quelque moyen que ce soit, un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur*. Mais sur ce

dernier point le livre V n'innove en rien même si le livre I du code ne comporte pas, dans la définition des marchés de travaux, la même précision. Lorsqu'il s'agit de réaliser un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur, les nouvelles formes contractuelles sont soit interdites (11), et cette interdiction vaut pour tous les marchés, y compris ceux de dimension communautaire, soit permises, et elles sont assimilées à des marchés de travaux publics et, à ce titre, soumises au code.

La relative simplicité de sa transposition dans le code des marchés publics ne doit pas cacher l'apport de la directive de 1989 sur le plan de l'intégration économique européenne. Dans bien des cas la simplicité de la transposition d'une directive tient à ce que le droit communautaire est un droit commun minimum aux États membres. L'étude du droit comparé montre ici qu'il n'en est rien et que la directive marchés publics de travaux, inspirée des droits français et belge, vise à étendre à tous les États membres un standard très élevé de mise en concurrence. Le droit communautaire est alors un élément de diffusion, dans le cadre du grand marché, des règles nationales les plus rigoureuses (qui seules peuvent assurer la mise en place du marché intérieur).

3.- LA MÉTHODE DE TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE POUR LES POUVOIRS ADJUDICATEURS ET LES CONTRATS NON SOUMIS AU CODE DES MARCHÉS PUBLICS

La directive marchés publics de travaux a un champ d'application beaucoup plus étendu que celui du code des marchés publics. Ce qui constitue un élément essentiel et nouveau de son efficacité pour ouvrir les marchés à la concurrence communautaire.

Quant aux pouvoirs adjudicateurs : Le code des marchés publics s'applique aux marchés de travaux passés par l'État et ses établissements publics administratifs et par les collectivités locales et leurs établissements publics. La directive marchés publics de travaux concerne l'État, les collectivités locales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public. Les organismes de droit public sont tous "les organismes créés pour satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et dotés d'une personnalité juridique et dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités locales et des organismes de droit public, soit la gestion est contrôlée par ces derniers, soit les organes d'administration, de direction ou de surveillance sont composés de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités locales ou d'autres organismes de droit public". La notion d'organisme de droit public est donc plus large que celle d'établissement public et étend les obligations au-delà du champ d'application du code.

(11) Comme les ventes en l'état futur d'achèvement, voir C.E. sect. 8 février 1991, Région Midi-Pyrénées c/ Syndicat de l'architecture de la Haute Garonne, *R.D.P.*, 1991, n° 4, pp. 1137-1147 avec une note de Jean-Marie Auby et *A.J.D.A.*, 1991, pp 579-581, note Xavier Delcros. La vente en l'état futur d'achèvement est permise lorsqu'il ne s'agit pas de faire réaliser un ouvrage répondant à des besoins précisés dans le contrat par l'administration.

Quant aux contrats : en plus des marchés de travaux passés par les pouvoirs adjudicateurs la directive s'applique aux marchés subventionnés par les pouvoirs adjudicateurs et passés par une entité autre qu'eux-mêmes. Elle prévoit des mesures particulières de publicité pour les contrats de "concessions" et pour les marchés de travaux publics passés par les concessionnaires quant ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs. Le fait que la directive s'applique aux marchés et aux concessions ne la conduit pas pour autant à confondre les deux notions. La directive maintient une distinction dans la définition des marchés et des concessions. D'ailleurs, le régime juridique applicable aux concessions n'est pas le même que celui applicable aux marchés.

Il s'agit de créer de toutes pièces, pour transposer les obligations communautaires en ce qui concerne les contrats passés par les organismes de droit public autres que les établissements publics administratifs de l'État et autres que les établissements publics des collectivités territoriales et en ce qui concerne les marchés subventionnés et les concessions de travaux publics, une réglementation nationale. Cela pourrait être un élément de simplicité, mais deux types de difficultés apparaissent.

3. 1. LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES LOI / RÈGLEMENT DANS LA TRANSPOSITION D'UNE DIRECTIVE

La répartition des compétences dans l'opération de transposition est une question de pur droit constitutionnel national. Les États membres ont, conformément aux termes de l'article 189 du traité, le choix des instruments juridiques de nature à permettre l'application en droit interne d'une directive et suivent, pour cela, leurs règles constitutionnelles. En France, la transposition des obligations de mise en concurrence imposées pour leurs marchés à des organismes de droit privé et pour les concessions accordées par les collectivités locales relève du domaine de la loi puisque ces obligations concernent soit les principes fondamentaux des obligations civiles ou commerciales dont la détermination relève du parlement (article 34 de la Constitution), soit la libre administration des collectivités locales qui s'exerce dans des conditions prévues par la loi (article 72 de la Constitution) et dont la détermination des principes relève du parlement (article 34). Seules les obligations nouvelles imposées à l'État pour la passation de ses contrats de concession de travaux publics ne concernent ni les obligations civiles et commerciales, ni la libre administration des collectivités locales. Aussi, sauf précisément pour les contrats de concession de l'État, c'est par une loi, la loi du 3 janvier 1991, titre 2, que l'opération de transposition a été entreprise (12).

Cependant, la rédaction de la loi du 3 janvier 1991 conduit à réfléchir sur les conditions de l'exercice de la compétence législative dans la transposition des directives communautaires. Le Conseil constitutionnel impose au parlement d'exercer l'ensemble de ses compétences et interdit à la loi d'opérer en faveur de l'administration une habilitation trop large (13). Or le titre 2 de

(12) C'est par un décret (non encore adopté) que se réalisera la transposition de la directive pour les concessions de travaux publics de l'État.

(13) Décision du 10 juillet 1985 où le Conseil déclare non conforme une disposition fiscale qui, pouvant faire l'objet d'au moins deux interprétations différentes, aboutit à reconnaître à l'administration un véritable pouvoir législatif. Décision du 30 décembre 1987 : "l'exigence

la loi du 3 janvier 1991 ne comporte aucune disposition de fond. Il se borne à déterminer, en relation avec la directive, le champ d'application des obligations nouvelles pour la détermination desquelles il renvoie à un décret en Conseil d'État. La loi du 3 janvier 1991 est donc, sur ce point, une loi d'habilitation très large du gouvernement et comme telle, en principe, contraire à la Constitution. Mais on peut se demander s'il ne faut pas tenir compte du contexte dans lequel intervient cette habilitation. Implicitement le gouvernement ne reçoit habilitation que pour la transposition de la directive et celle-ci, en l'espèce, est si précise sur le contenu des obligations qu'elle crée que le gouvernement ne dispose pas de pouvoir d'appréciation. Ainsi, pour le Conseil d'État s' "il est extrêmement rare qu'il soit possible d'admettre que la loi délègue au pouvoir réglementaire le soin de prendre les mesures nécessaires pour l'application d'une directive lorsque ces mesures relèvent normalement de la loi elle-même, ce procédé est à la rigueur utilisable lorsque les dispositions de la directive sont très précises et ne soulèvent aucune ambiguïté. Tel était le cas pour certaines dispositions du projet de loi portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. Mais cette méthode ne peut être qu'exceptionnelle et elle n'a été retenue en l'espèce qu'en raison de l'importance et de l'ampleur du texte en cause" (14). On peut étendre ce raisonnement à la loi du 3 janvier 1991. Mais il reste à connaître la position du Conseil constitutionnel sur ce point.

3. 2 LA TRANSPOSITION EN DROIT NATIONAL DE TERMES JURIDIQUES NOUVEAUX

Comme l'écrit Bernard Laurent, rapporteur au Sénat sur la loi du 3 janvier 1991 (15) : "dans la mesure où les concepts juridiques retenus par la directive sont parfois fort éloignés des concepts juridiques de droit interne, la transcription des dispositions importantes du texte communautaire soulève des difficultés d'interprétation et, plus encore, des difficultés de transposition".

Soulignons tout d'abord le cas du mot "concession" commun au droit communautaire et au droit national mais qui n'a pas la même signification dans les deux contextes. Le Conseil d'État limite la qualification de concession au contrat dans lequel la rémunération du délégataire est versée par les usagers de l'ouvrage ou du service. Tout autre mode de rémunération, y compris un mode où la rémunération est liée à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, est exclusif de la qualification de concession. La directive du Conseil des communautés sur les marchés de travaux publics (tout en maintenant une distinction entre marchés et concessions) définit la concession de travaux publics (article 1er d) : "un contrat présentant les mêmes caractères que ceux visés au point a), à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste *soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix*". La notion française de concession est donc plus restreinte que celle employée par la directive. Pour éviter tout risque de confusion dans l'interprétation de la loi du 3 janvier 1991 et tout risque de violation de la directive le législateur n'a pas employé le mot et se contente de définir le champ

d'un agrément n'a pas pour conséquence de conférer à l'autorité ministérielle le pouvoir qui n'appartient qu'à la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution de déterminer le champ d'application d'un avantage fiscal".

(14) Rapport public pour 1990, précité.

(15) Rapport Sénat, 1989-1990, n° 479, p. 43.

d'application des obligations communautaires en reprenant les éléments de la définition donnée par la directive (16). Cette méthode ne crée, en l'espèce aucun problème d'interprétation, la définition donnée par la directive, et reprise dans la loi, de la concession étant claire et précise (17).

La transposition doit avoir pour mission de donner une traduction d'un concept communautaire en terme de droit national pour assurer la combinaison du droit d'origine communautaire avec l'ensemble des textes nationaux. Mais cette traduction peut se révéler si difficile que le législateur peut renoncer à la chercher lui-même renvoyant à un décret d'application ou à la jurisprudence.

Aussi la loi du 3 janvier 1991 renonce à préciser, en lui donnant un contenu concret, la notion de *contrôle de gestion par des pouvoirs adjudicateurs*, élément de la définition des organismes de droit public. Initialement, sur recommandation du Conseil d'État, le projet de loi précisait que la notion de contrôle de gestion par des pouvoirs adjudicateurs équivalait au contrôle de la Cour des comptes ou des chambres régionales des comptes. Le Sénat a gommé la précision qu'avait introduit le gouvernement dans le projet de loi et qui avait été adopté par l'Assemblée nationale dans la mesure où il a estimé que cette précision conduisait à étendre le champ d'application de la directive au-delà de ce qui était nécessaire à la satisfaction des obligations communautaires de la France. Après avoir concédé que "la définition d'un "contrôle de gestion" par un organisme public est difficile à transposer en droit français", Bernard Laurent, rapporteur au Sénat, a remarqué que la formule retenue par le Conseil d'État et par le Gouvernement "soulève toutefois une difficulté dans la mesure où la loi du 2 juin 1967 et le décret du 4 février 1985 qui régissent actuellement la Cour des comptes et les chambres régionales des comptes prévoient que le contrôle peut s'exercer sur des entreprises contrôlées majoritairement par l'État et les collectivités publiques mais également que toute entreprise qui bénéficie d'un concours financier public est susceptible de subir un tel contrôle. Dès lors, pourraient se trouver entrer dans le champ d'application de la directive des entreprises purement privées qui recevraient de façon ponctuelle des aides publiques alors même que leur activité et leur

(16) article 11 de la loi : "Fait l'objet de mesures de publicité définies par décret en Conseil d'État la passation des contrats dont le montant est égal ou supérieur à un seuil fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances, dont l'objet est défini à l'article 9, et que se proposent de conclure les collectivités territoriales, leurs établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel ou commercial ou les groupements ou organismes définis à l'article 9 lorsque la rémunération de l'entrepreneur consiste en tout ou partie dans le droit d'exploiter l'ouvrage".

(17) Cette clarté pourrait être contestée. Que veut dire "droit d'exploiter l'ouvrage assorti d'un prix"?

Sur le fond cette dualité de définition de la concession va néanmoins aboutir à une déréglementation partielle du droit national dans le cas des marchés dit "marchés d'entreprise de travaux publics" qui ne sont pas en droit interne des concessions mais qui peuvent l'être en droit communautaire. En droit interne les M.E.T.P. sont assimilés aux marchés et soumis au Code des marchés publics qui est beaucoup plus sévère quant aux obligations de l'administration que les obligations que la directive met à la charge du déléguant dans le cadre des contrats de concession de travaux publics. Il y aura donc ici une réglementation à double vitesse. Pour les M.E.T.P. de dimension communautaire (pour certains d'entre eux, en tous cas) l'application des règles peu contraignantes des concessions, pour les M.E.T.P. autres l'application du code des marchés publics. Sur l'application du code des marchés aux M.E.T.P., voir la très solide argumentation de Yann Aguila, *M.T.P.*, 13 septembre 1991, pp. 56-59.

gestion échappent au contrôle des pouvoirs publics" (18). Bernard Laurent ajoute (p. 69) "Il apparaît que l'intention des auteurs de la directive n'est pas de faire entrer dans le champ d'application des règles communautaires les entreprises privées qui ne bénéficient pas de concours publics permanents et majoritaires". Aussi la solution finalement retenue a consisté à n'apporter aucune précision au texte même de la directive sur ce point. Les précisions nécessaires, sous le contrôle de la commission des Communautés, pourront être apportées par le décret "fixant les modalités d'application de la loi" (article 13 de la loi).

Toute précision apportée dans le droit national par rapport au texte de la directive, même une précision d'apparence mineure, peut cacher une transposition fautive ou comportant le risque d'une faute. C'est ce qui s'est passé dans la loi du 3 janvier 1991 à propos de la traduction de la notion d'organismes de droit public utilisée dans la directive marchés publics de travaux. Dans l'opération de transposition les "organismes de droit public" ont été traités en deux temps. Tout d'abord le décret de septembre 1990 a traité des organismes qui entrent dans le champ d'application du code des marchés publics (soit les établissements publics *administratifs* de l'État et les établissements publics des collectivités locales); puis la loi du 3 janvier 1991, tous les autres. Cependant, pour définir ces autres organismes de droit public, la loi du 3 janvier retient la notion "d'organismes de droit privé, créés en vue de satisfaire spécifiquement un besoin d'intérêt général, ayant un caractère autre qu'industriel et commercial et répondant..." (19). Passons ici sur l'originalité des "organismes de droit privé" de droit public. La précision paraît s'imposer dès lors que les organismes ayant une personnalité de droit public (les établissements publics) sont déjà traités par les dispositions du code des marchés publics sauf les établissements publics industriels et commerciaux (et les éventuelles personnes morales de droit public innomées), et que précisément les E.P.I.C. ne sont pas des "organismes de droit public" au sens de la directive dans la mesure où en sont exclus les organismes ayant un caractère industriel ou commercial (20). Mais il existe en droit français des établissements publics dits à caractère industriel ou commercial exerçant des missions administratives partiellement ou exclusivement (exemple des offices d'intervention agricole de la loi de 1982) qui sont écartés ainsi du champ d'application de la directive sans que cette exclusion paraisse bien fondée.

Les difficultés évoquées à propos de la directive marchés publics de travaux ne sont pas exceptionnelles. Le Conseil d'État a dû, "à plusieurs reprises", chercher "à trouver une traduction satisfaisante en droit interne d'une expression employée par une directive faute de pouvoir disposer d'une exacte correspondance de certains de leurs termes en droit français... Lorsque de telles difficultés apparaissent et chaque fois que cela est possible les termes des directives sont transposés en recherchant quelle est en droit interne l'expression juridique équivalente, cette recherche se faisant d'abord par référence aux principes d'interprétation donnés par la directive elle-même ou à ceux qui paraissent résulter d'une lecture raisonnable de son texte. Ce ne peut

(18) Rapport au Sénat, précité, p. 45.

(19) Le texte reprend mot pour mot le texte de la directive, sauf les mots organismes de droit privé.

(20) On laissera ici de côté la discussion sur le cas d'éventuelles personnes de droit public innomées.

être dans ces hypothèses qu'à titre très exceptionnel, et faute d'équivalence certaine, que le Conseil admet de reprendre dans le texte national le terme même employé par la directive. Car il est de tradition de n'utiliser dans les lois et décrets que des termes au contenu précis et conformes aux usages de notre langue" (21).

4.- LE PARLEMENT SE RÉVÈLE SENSIBLE À L'"OUVERTURE ÉQUILIBRÉE" DES MARCHÉS PUBLICS

La transposition de la directive marchés publics de travaux a suscité des observations de parlementaires sur l'équilibre des obligations entre les États membres. Ces observations sont étrangères à la méthode législative de transposition. Cependant elles mettent en évidence le rôle des parlementaires et du Parlement dans la transposition des directives et relèvent ainsi, au sens large, des méthodes parlementaires.

Le but des directives est, par l'harmonisation des réglementations nationales, d'assurer l'égal accès aux marchés. Mais les directives risquent de ne pas atteindre ce but dès lors que la réciprocité des obligations n'est pas concrètement assurée.

L'absence de réciprocité tient d'abord aux différences dans les systèmes nationaux de voies de recours pour assurer le respect des obligations nées des directives marchés. C'est pourquoi le Conseil a adopté une directive "recours" (du 21 décembre 1989) qui assure un minimum de garanties juridictionnelles dans la mise en œuvre des droits nés des directives. On notera ainsi que l'efficacité du droit communautaire rend nécessaire des adaptations de la fonction juridictionnelle dans les États membres et que, comme certains auteurs l'ont fait remarquer, on va connaître une seconde génération des questions de droit communautaire (22).

L'absence de réciprocité vient encore des situations différentes dans l'organisation administrative des États membres. La centralisation de l'administration française la conduit plus fréquemment que d'autres administrations à dépasser les seuils prévus par les directives. De même le recours plus fréquent en France que dans bien d'autres pays de la Communauté à la concession de travaux publics à la place de la gestion en régie va faire en sorte que des entreprises françaises se verront concurrencées sur leur propre marché de la gestion des ouvrages et des services publics sans pouvoir concurrencer les entreprises étrangères sur des marchés équivalents qui n'existent pas. Le rapport d'information présenté par Monsieur Ligot au nom de la délégation de l'Assemblée nationale pour les Communautés européennes sur "L'Europe des marchés publics" (23) et concernant autant la directive marchés publics de travaux que la directive "secteurs exclus" remarque que "la réussite de la nouvelle réglementation est commandée par la réciprocité des efforts de chacun et, compte tenu des enjeux économiques en cause, par l'assurance pour chaque pays de pouvoir obtenir de l'ouverture de ses marchés

(21) Rapport public pour 1990, précité pp. 13.

(22) Voir également, dans un autre domaine que celui du contentieux des contrats, C.J.C.E., 19 juin 1990, *Factortame*, R.F.D.A. 1990, note Jean-Claude Bonichot, 912-920. La Cour décide que le juge national tient du droit communautaire, pour assurer la pleine efficacité de ce dernier, le pouvoir de prendre les mesures provisoires nécessaires de protection des droits tirés du traité, abstraction faite de toute règle nationale contraire.

(23) Document Assemblée nationale, 9^e législature, n° 1705.

aux autres États membres un avantage équivalent à celui que ceux-ci pourront retirer chez lui... L'hétérogénéité des systèmes juridiques des États membres peut donc être à l'origine de distorsions dans l'application... On insistera tout particulièrement sur le fait que la France possède une maîtrise d'ouvrage publique centralisée. Ainsi, par exemple, les secteurs des autoroutes, de l'électricité, des transports ferroviaires, ne comptent en France qu'une dizaine de pouvoirs adjudicateurs, alors qu'ils peuvent atteindre le millier dans les autres États de la Communauté" (24).

Cet ensemble d'analyses n'appelle pas de longue conclusion. On voudrait attirer l'attention sur une différence d'attitude tant du gouvernement que du parlement à l'égard de l'étendue des obligations qu'ils peuvent imposer à l'occasion de l'opération de transposition. Autant, lorsqu'il s'agit de transposer en droit interne le champ d'application des obligations communautaires les pouvoirs publics sont réticents à étendre, ne serait-ce que de façon minime, ce champ d'application au-delà de ce qui est strictement nécessaire à la satisfaction de leurs obligations (ils auraient plutôt tendance, dans le doute, à rester en deçà de leur obligations), autant ils adoptent une attitude plus souple quant à l'étendue des obligations qu'ils imposent à l'État et aux pouvoirs adjudicateurs, acceptant d'aller au-delà du volume des obligations imposées par leurs strictes obligations communautaires. Cela est, bien entendu, tout à fait explicable, l'enjeu dans les deux situations n'étant pas le même dans un domaine surtout où les obligations communautaires sont très lourdes et ont un champ d'application beaucoup plus vaste que les obligations de même nature en droit national.

(24) Ne pas oublier cependant qu'une certaine concurrence des États membres peut être considérée comme un élément favorisant la construction communautaire et l'intégration économique (voir l'usage de la méthode de la reconnaissance mutuelle des législations).

ANALYSE DES MÉTHODES D'INTÉGRATION À TRAVERS L'ÉTUDE DES TEXTES EUROPÉENS RELATIFS À LA S.A.R.L. À UN SEUL ASSOCIÉ ET À LA SOCIÉTÉ ANONYME EUROPÉENNE

Par

Serge FARNOCCHIA

*Chargé de Travaux dirigés à la Faculté de Droit et de Science Politique
d'Aix-Marseille*

À propos de la 12ème directive du 21 décembre 1989 relative aux S.A.R.L. à un seul associé (1), Emmanuel Putman notait que si elle illustre bien le phénomène d'interaction du droit interne et du droit communautaire, elle était de prime abord bien décevante pour le juriste français qui n'y trouvait rien de nouveau. Cette opinion est aussi celle du Professeur Y. Reinhard (2) qui note que notre législation paraît d'ores et déjà conforme aux dispositions de cette directive.

Il est vrai qu'elle ne présente guère d'intérêts pour le spécialiste du droit des sociétés à la recherche de nouveauté. La remarque vaut a fortiori pour le praticien qui doit de nos jours se documenter sans cesse sur le droit communautaire. Mais elle perd de sa signification, et M. Putman l'avait pressenti, pour celui qui s'est proposé d'étudier, d'un point de vue méthodologique, les techniques d'intégration du droit communautaire dans les législations des États membres à travers l'analyse ponctuelle de certains textes du droit communautaire dérivé.

C'est dans cette optique que se situe notre étude, qui commencera néanmoins par quelques observations générales sur la vocation européenne de la société.

Comme le notait le Professeur Bonassies (3), toute expérience d'intégration économique implique que la "frontière normative" de chaque État membre soit dans la plus large mesure possible perméable à la société

(1) J.O.C.E. 30 décembre 1989, L 395 ; J.C.P. E 1990, III, 63590.

(2) Droit communautaire et international des groupements, chr par Y. Reinhard, S. Dana-Démaret et F. Serras, J.C.P. E 1990, II, 15814, n° 3.

(3) La frontière normative et le marché commun, Mélanges A. Jauffret p. 99 et s.

étrangère. Les rédacteurs du Traité de Rome avaient perçu la nécessité de permettre une large circulation des sociétés à travers les États membres. C'est pourquoi, ils avaient prévu à travers l'art. 54 paragraphe 3-g que le Conseil et la Commission auraient pour mission de coordonner dans la mesure nécessaire et en vue de les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées par les États membres des sociétés pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers.

Sur la base de ce texte de nombreuses Directives ont été adoptées et transposées dans notre droit interne, au gré des réformes de la loi du 24 juillet 1966.

D'autres directives viennent d'être adoptées par le Conseil.

- Directive du 13 novembre 1989 concernant la coordination des réglementations relatives aux opérations d'initiés (4),

- Directive du 21 décembre 1989 concernant la publicité des succursales créées dans un État membre par des sociétés relevant du droit d'un autre État membre (5),

- Directive du 23 avril 1990 modifiant une Directive du 17 mars 1980 en ce qui concerne la reconnaissance mutuelle des prospectus d'offre publique au titre de prospectus d'admission à la cote d'une bourse de valeur (6).

Enfin, la Directive du 21 décembre 1989 concernant les S.A.R.L. à un seul associé, dont le contenu va nous retenir désormais. Mais avant cela signalons que d'autres textes communautaires relatifs à l'harmonisation du droit des sociétés des États membres font actuellement l'objet de discussions : il s'agit de la réglementation des groupes, de la représentation des salariés (7) et de la *Société Anonyme Européenne* (8), projet vieux de plus de 20 ans et revenu à l'ordre du jour dans le cadre de l'achèvement du marché intérieur, projet dont nous dirons quelques mots pour finir car il est l'expression de la *nouvelle approche de l'intégration européenne* dont nous parlait dernièrement le Professeur Garron.

I - LA DIRECTIVE DU 21 DÉCEMBRE 1989 RELATIVE À LA S.A.R.L. À UN SEUL ASSOCIÉ

Cette directive a pour origine le programme d'action en faveur des petites et moyennes entreprises, programme dans lequel les institutions communautaires se sont engagées depuis 1986. Du point de vue du choix de l'instrument, l'approche reste classique : puisqu'il s'agit de coordonner et non d'unifier le droit applicable dans les États membres, la Directive est l'instrument adéquat d'élaboration. Cette approche est pragmatique : la Communauté sait que l'unité complète en matière de sociétés est quasiment impossible à réaliser dans le droit communautaire dérivé. La raison en est simple : en dépit de certaines ressemblances entre les législations nationales, des différences existent entre ces législations qui, pour être souvent techniques, n'en sont pas moins importantes. De plus, interfère souvent

(4) J.O.C.E. 18 novembre 1989, L 334 ; H. Calvet *La Directive du Conseil des Communautés européennes relatives aux opérations d'initiés* ; J.C.P. E 1990, II, 15924.

(5) J.O.C.E. 30 décembre 1989, L 395.

(6) J.O.C.E. 3 mai 1990, L 112.

(7) Proposition de Directive du Conseil concernant la constitution d'un comité d'entreprise européen, J.O.C.E. 15 février 1991, C 39, p. 10.

(8) J.O.C.E. 16 octobre 1989, C 263, J.C.P. E 1989, I, 19299.

l'attitude de l'expert national qui est naturellement porté à considérer que sa loi est la meilleure et accorde une extrême importance à l'intégration des solutions de sa propre loi.

L'approche de tous étant la même, seule une *combinaison des textes nationaux* permet d'obtenir l'agrément de chacun. L'unité est inconcevable ; on passe alors à l'*unité de l'éventail* : si les États membres ne viennent pas à l'harmonisation, c'est l'harmonisation qui ira à eux !

Cette combinaison fait appel à deux techniques :

- d'une part, les points considérés comme fondamentaux par la Commission sont imposés aux États membres ; c'est ce qu'on a pu appeler l'*unification minimale* (9) qui traduit la délégation de souveraineté consentie par chaque État membre à la Communauté,

- d'autre part, la Commission tient compte des particularités de chaque droit national, ce qui aboutit à des renvois aux législations nationales qui disposent alors d'une option : c'est ce qu'on a appelé l'*harmonisation optionnelle* (10) qui comporte diverses formes de délégations de compétence aux États membres de la Communauté elle-même.

Voyons à travers notre Directive, le contenu respectif de ces techniques. L'on se rendra compte que l'unité minimale, ... est vraiment minime !

- *L'article 21* : La société peut avoir un associé unique lors de sa constitution, ainsi que par la réunion de toutes ses parts en une seule main (société unipersonnelle).

Il semble que les États membres se voient imposés de reconnaître dans leur législation une telle société.

- *Néanmoins, l'article 7* nous dit qu'un État membre peut ne pas permettre la société unipersonnelle lorsque sa législation prévoit en faveur des entrepreneurs individuels la possibilité de limiter sa responsabilité à un patrimoine affecté à son activité à condition que soient prévues des garanties équivalentes à celles imposées par la présente Directive.

L'on s'aperçoit ainsi que la reconnaissance de la S.A.R.L. à un seul associé n'est pas imposée aux États membres. Il leur est imposé d'avoir dans leur arsenal juridique une technique qui permettra à l'exploitant individuel de limiter sa responsabilité à son patrimoine professionnel.

Cette règle, on peut s'en douter, n'est pas de nature à bouleverser la législation d'un quelconque État membre : la R.F.A., le Danemark, la France, les Pays-Bas, la Belgique, le Luxembourg et le Portugal connaissent la "société unipersonnelle".

L'Italie, l'Espagne, le Royaume-Uni et l'Irlande permettent qu'une personne se livre aux affaires en y engageant seulement une partie de son patrimoine. La Private Company du droit anglo-saxon peut connaître en cours de vie sociale la défaillance de la condition de pluralité d'associés sans qu'elle soit automatiquement dissoute. Cette règle est aussi connue du droit italien des sociétés (11).

(9) B. Goldman, Analyse critique de la réglementation européenne et de ses méthodes d'élaboration ; compte-rendu de la réunion du C.R.E.D.A. du 23 novembre 1988, publié aux Cahiers de droit de l'entreprise 1990/1, p. 10.

(10) cf. note (9).

(11) A. Grisoli, Les sociétés d'une seule personne en droit comparé, Mélanges Jauffret, p. 361

Le rapprochement de l'article 21, et de l'article 7 nous fait pressentir le but recherché par la Directive : il est imposé aux États membres de respecter les garanties prévues par la Directive ; or, comme on va le voir, ces garanties ont toutes trait à la publicité des actes et documents sociaux, dans le but de préserver les intérêts des tiers.

- *L'article 2-2* : tant qu'aucune harmonisation en matière de droit des groupes ne sera intervenue, les États ont la possibilité de réglementer ou d'interdire les sociétés dont l'associé unique serait une personne morale ainsi que la possibilité pour une personne physique d'être l'associé unique de plusieurs sociétés.

Là aussi, cet article ne modifiera pas de façon spectaculaire la législation des États membres.

La Belgique pourra continuer d'interdire à une personne morale d'être l'associé unique d'une société.

La France (12) et le Luxembourg n'auront pas à modifier les règles interdisant à une société unipersonnelle d'être l'associé unique d'une autre société et à une personne physique d'être l'associé unique de plusieurs sociétés.

La R.F.A. (13) et les Pays-Bas pourront toujours permettre à toute personne morale d'être l'associé unique d'une société.

Alors, à quand l'harmonisation du droit des groupes ?

- *L'article 3* a pour objet d'instituer une première mesure de publicité obligatoire : lorsque la société devient unipersonnelle en cours de vie sociale, l'identité de l'associé unique doit être inscrite sur un document accessible au public. Là aussi, la Directive reste très souple puisqu'il suffit que ce fait, pour être porté à la connaissance du public, soit transcrit sur un registre accessible au public.

En revanche, l'exigence antérieurement prévue (art. 2 Projet de Directive) du caractère nominatif des participations au capital d'une société unipersonnelle a disparu.

- *L'article 4-1* semble ambigu quant on a à l'esprit sa rédaction initiale ; cet article dispose que les pouvoirs attribués normalement aux assemblées générales seront exercés par l'associé unique. L'emploi du présent ("l'associé unique exerce") exprime en général le caractère impératif d'une disposition. Cependant, la proposition initiale avait envisagé d'interdire expressément les délégations de pouvoirs ; or, à la demande du Parlement cette interdiction a été abandonnée. Le texte ne précise pas pour autant de façon expresse que la délégation de pouvoir est possible. Y-a-t-il une compétence résiduelle des États membres qui permettra à des pays comme la France de continuer d'interdire les délégations de pouvoirs ? Il semble que oui puisque cette interdiction n'est pas en contradiction avec la finalité de la directive. L'on est tenté de penser que cette ambiguïté a été volontairement introduite pour permettre une interprétation divergente des États membres.

- *L'article 4-2* a bien pour objet d'assurer des garanties de publicité minimales que tous les États membres devront respecter : les décisions de l'associé unique qui relèvent des pouvoirs attribués aux assemblées des

(12) Art. 36-2 L du 24 juillet 1966.

(13) Hom, L'entreprise personnelle à responsabilité limitée, L'expérience allemande, R.D.C. 1984, 1984, 1.

sociétés à plusieurs associés doivent être consignées par écrit (sur le registre de l'art. 3, accessible au public).

- *L'article 5* est lui aussi l'expression de l'harmonisation optionnelle : les contrats conclus entre l'associé unique et sa société sont établis par écrit.

Mais même lorsqu'il s'agit d'atteindre la finalité de la Directive, une place est faite aux particularités nationales. Ainsi des États, comme la France, pourront ne pas appliquer cette règle aux opérations courantes conclues dans des conditions normales.

Que dire alors de cette Directive ? Dans le pire des cas, certains États membres devront prévoir une disposition prévoyant la tenue d'un registre où serait retranscrites les principales décisions sociales et qui sera accessible au public. Sans nul doute, les États consentiront à sacrifier cette parcelle de souveraineté... et l'on parlera volontiers de "Directive molle"...

Il n'en va pas de même lorsqu'il s'agit d'imposer aux États membres une nouveauté élaborée par les autorités européennes.

II - LE PROJET DE SOCIÉTÉ ANONYME EUROPÉENNE

Le travail d'harmonisation, étape par étape, dans lequel le législateur communautaire s'est engagé est un effort nécessairement long. C'est pourquoi les autorités communautaires s'efforcent également de fournir aux entreprises une structure transnationale permettant aux sociétés domiciliées dans des États membres différents de se regrouper au niveau communautaire.

C'est de cette tendance que s'est inspirée la constitution des G.E.I.E. créés le 25 juillet 1985 (14) et la loi française (15) du 13 juin 1989 a apporté au droit interne les quelques modifications nécessaires.

Remarquons alors que malgré la simplicité juridique de la mise en oeuvre de l'intégration d'une telle structure, le Conseil n'a donné le feu vert pour la création des premiers groupements que pour le 1er juillet 1989, soit 4 ans après l'adoption du règlement.

Or, la création de la S.A.E. est un projet beaucoup plus ambitieux. Il y a près de vingt ans, la Commission avait procédé à l'étude d'un statut de société de droit européen, fondé sur l'article 235 du Traité. Cette proposition, modifiée en 1975, avait paru recueillir un assez large consensus, mais s'était finalement heurté à la question de la participation des salariés, question sur laquelle l'accord n'avait pas pu se faire.

Le projet est revenu à l'ordre du jour dans le cadre de l'achèvement du marché intérieur. À la demande du Conseil, la Commission a donc relancé les négociations sur la base du mémorandum du 15 juillet 1988. Devant l'impossibilité de vaincre l'opposition du Royaume-Uni et pour supprimer toute possibilité de veto, la Commission a décidé de modifier le fondement juridique de sa proposition de règlement en considérant que celle-ci pouvait tout aussi bien être fondée sur l'article 100 A du Traité qui permet l'adoption à la majorité qualifiée.

Pourtant, le projet ne porte pas sur un "Règlement dur". Sur de nombreux points (Choix des organes de direction - Moniste ou dualiste - Choix entre 3 modèles de participation des travailleurs à la direction de

(14) Règlement 2137/85, J.C.P. 1985, III, 57523.

(15) J.C.P. 1989, III, 62838.

l'entreprise) les États membres disposent d'une option ; sur d'autres, le règlement se contente de renvoyer à la législation des États membres (En ce qui concerne la dissolution, la liquidation, l'insolvabilité et le régime fiscal).

Pour clôturer cette étude, il semble nécessaire de faire remarquer qu'en matière de sociétés, il serait plus juste de parler d'élaboration d'un droit commun européen déjà intégré plutôt que de l'intégration des textes européens dans les droits nationaux.

À LA RECHERCHE DE MÉTHODES D'INTÉGRATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE

(EN GUISE DE SYNTHÈSE !)

Par

Jean-Louis BERGEL

Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

L'intrusion des normes européennes dans les ordres juridiques nationaux n'est pas un mythe !

Il y aurait actuellement plus de vingt mille directives ou règlements en vigueur dans la C.E.E. (1). Or, on sait que le droit communautaire "présente... un degré élevé de normativité en raison de son applicabilité directe sur le territoire des États membres" à leurs ressortissants. Sa primauté absolue sur l'ordre juridique interne des États membres réduit le filtre que constituent habituellement les procédures de réception ou d'incorporation des normes internationales classiques dans l'ordre juridique interne. La transcription des directives en droit interne est une obligation et le juge national doit toujours, devant une règle communautaire d'effet direct, écarter la loi interne contraire.

Cela impose à chaque État un effort considérable d'intégration du droit communautaire dans son droit interne. La réalisation du "grand marché intérieur" européen implique d'adopter près de deux cent quatre vingt mesures avant le premier janvier 1993 (2).

La mise en œuvre du droit communautaire dans les États membres impose donc à leurs organes une tâche immense sous la poussée d'une "eurocratie" que l'on peut trouver envahissante, et d'un "législateur suprême" qui ne serait qu'un "mythe" (3) sans réelle légitimité. Mais l'Europe est en marche. Globalement, on ne conteste plus guère sa nécessité ou ses bienfaits et, faute pour le droit européen de pénétrer les droits internes, elle ne serait qu'une illusion.

(1) B. Oppetit, "L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême", D. 1990, I, 73.

(2) Rapport public du Conseil d'État pour 1990, E.D.C.E. 1991, p. 11.

(3) B. Oppetit, *op. cit.*

On ne peut, certes, se contenter d'une "Europe des administrations" (4). Mais, il faut bien dépasser certaines disparités nationales et "la frontière normative" qui empêcherait, sinon, les normes juridiques communautaires de pénétrer et de survivre sur le territoire des États à moins que chacun veuille bien, chaque fois, les y accepter (5).

Il faut alors que ce processus d'intégration du droit communautaire aux droits internes respecte à la fois les exigences communautaires et les mécanismes constitutionnels de chaque pays et qu'il soit fidèle à la norme européenne à intégrer sans méconnaître les fondements et la substance des systèmes juridiques auxquels celle-ci s'intègre. C'est dire que l'intégration du droit communautaire au droit interne suppose des méthodes particulières.

Or, si les cadres institutionnels sont connus, les méthodes d'intégration du droit communautaire semblent s'improviser. Si l'on veut garantir la qualité de la transposition du droit européen dans les droits nationaux, il faut tenter d'en dégager les méthodes à l'expérience et de les affiner. L'ambition des travaux de l'Atelier de Méthodologie Juridique et de cet ouvrage est seulement d'oser un pas dans cette direction, à partir de quelques exemples considérés comme assez topiques.

Ceux-ci semblent démontrer, d'abord, que l'ordre européen évolue tandis que les ordres internes tendent à freiner leur propre évolution. On a l'impression que les États limitent souvent au maximum la transformation de leur législation sous la poussée du droit européen. Mais, en même temps, les catégories théoriques de normes européennes paraissent bousculées par la réalité. Les règlements qui, du fait de leur applicabilité directe, n'ont pas à être transcrits en droit interne, le sont pourtant parfois (6).

Certains règlements sont très permissifs alors qu'il existe des directives dures. La "nouvelle approche" se contente d'une harmonisation limitée aux seules "exigences impératives" (7).

À vrai dire, tout est question de circonstances. Chaque pays accueille plus facilement les règles européennes qu'il a inspirées ou qui s'assimilent le mieux à son propre droit. Mais, si les États membres ont le choix des instruments de transposition des directives européennes en droit interne (Traité C.E.E., art. 189), selon leurs règles constitutionnelles et leur pratique, "ils ne sauraient s'abstenir de prendre des mesures ayant un véritable caractère juridique, c'est-à-dire posant des droits et des obligations pouvant faire l'objet d'une sanction juridictionnelle. Cela exclut "la transposition des directives européennes par de simples circulaires" (8).

L'intégration des normes européennes en droit interne y suppose donc une véritable transposition des directives communautaires. En France, les règles à suivre pour y parvenir ont été étudiées par le Conseil d'État et

(4) H. Siedentopf et J. Ziller (sous la direction de), "L'Europe des administrations ?", Institut Européen d'administration publique, Éd. Bruylant, Bruxelles.

(5) P. Bonassies, "La frontière normative et le marché commun", in *Études offertes à A. Jauffret*, Aix-en-Provence, 1974, p. 99 et s.

(6) P. ex., Règlement C.E.E. n° 2137-85 du 25 juillet 1985 sur le G.E.I.E., J.O.C.E. n° L. 199 du 31 juillet et la loi française n° 89-377 du 13 juin 1989, J.O. 15 juin, p. 7440.

(7) R. Garron, "L'influence des institutions et des normes communautaires sur les ordres juridiques internes, dans le domaine de la libre-circulation des produits", *supra* p. 925, n° 3.

(8) J.-Y. Cherot, "La transposition en France de la Directive 89.440 C.E.E. du 18 juillet 1989 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux", *supra* p. 981.

transmises aux administrations par circulaire du Premier Ministre (9). Cette opération est spécifique. Elle diffère de l'élaboration des textes nationaux mais reste une œuvre législative.

Ainsi, cette mise en conformité du droit national avec les normes européennes suppose une méthodologie particulière que l'on peut caractériser en observant la *typologie des intégrations* (I) et les *procédés d'intégration* (II) utilisés.

I - TYPOLOGIE DES INTÉGRATIONS

La typologie de l'intégration des normes européennes dans les droits nationaux peut être étudiée à partir de l'expérience française, plus particulièrement dans les quelques domaines qui ont été examinés dans cet ouvrage et dans celui de l'environnement et des installations classées qui sera souvent pris pour exemple, ici.

Les méthodes d'intégration varient selon les cas et se combinent souvent dans un même texte. L'insertion des normes communautaires dans le droit interne s'opère en effet par simple juxtaposition (A), par fusion-absorption (B) ou par une complète transformation (C) du droit positif national.

A. JUXTAPOSITION

La transposition de la Directive n° 82-501 du 24 juin 1982, concernant les risques d'accidents majeurs de certaines activités industrielles (10), dite "Directive Seveso", dans la loi française du 19 juillet 1976, relative aux installations classées pour la protection de l'Environnement (11), par la loi n° 87.565 du 22 juillet 1987 (12), complétée par le Décret n° 89.837 du 14 novembre 1989 (13) est particulièrement topique.

En effet, l'article 3 de la Directive dispose que "les États membres prennent les dispositions nécessaires afin que, pour toute activité industrielle définie à l'article 1er, le fabricant soit tenu de prendre toutes les mesures qui s'imposent pour prévenir les accidents majeurs et pour en limiter les conséquences pour l'homme et l'environnement". Il existait déjà en droit français une législation sur les installations classées pour la protection de l'environnement, soumettant celles-ci à une autorisation qui ne pouvait être accordée que lorsque les dangers qu'elles comportent peuvent être prévenus par des mesures déterminées (L. n° 76.663 du 19 juillet 1976, art. 3 p. ex.). La loi n° 87.565 du 22 juillet 1987 a inséré dans la loi du 19 juillet 1976 des articles 7-1 à 7-4 prévoyant l'institution de nouvelles servitudes d'utilité publique concernant l'utilisation du sol annexées au P.O.S., notamment sous

(9) J.O. 1er février 1990.

(10) J.O.C.E. du 5 août 1982.

(11) Loi n° 76.663 du 19 juillet 1976, J.O. 20 juillet, p. 4320.

(12) Loi n° 87.565 du 22 juillet 1987, relative à la protection de la forêt contre l'incendie et à la prévention des risques majeurs, J.O. 23 juillet, p. 8199 ; Rect. J.O. 29 août, p. 9912, art. 23.

(13) D. n° 89.837 du 14 novembre 1989, relatif à la délimitation des périmètres dans lesquels peuvent être instituées des servitudes d'utilité publique en application des articles 7-1 et 7-2 de la loi n° 76.663 du 19 juillet 1976 modifiée relative aux installations classées pour la protection de l'environnement, J.O. 16 novembre, p. 14239.

forme de périmètre de protection autour des installations dangereuses. Le Décret du 14 novembre 1989 a prévu que l'institution de ces servitudes peut être demandée conjointement avec l'autorisation d'installation.

L'intégration de la Directive européenne en droit français s'opère ainsi, en cette matière, par la simple juxtaposition de nouvelles servitudes d'utilité publique concernant l'utilisation des sols à celles déjà édictées dans les P.O.S. et éventuellement par leur jumelage à l'exigence d'une autorisation.

De même, la Directive communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux a été transposée en droit allemand par juxtaposition d'une législation particulière du 15 décembre 1989 aux lois qui instituaient déjà une responsabilité du fait du risque créé, en matière de responsabilité des producteurs pharmaceutiques surtout (14). En Italie aussi, l'arrêté d'application de cette Directive introduit une responsabilité spéciale du producteur du fait des produits défectueux aux côtés d'autres responsabilités spécifiques (15). On observera d'ailleurs l'infidélité de ces transpositions en Allemagne et en Italie à l'esprit et au texte de la directive de 1985. Le droit français, lui, en dépit de deux projets d'intégration, l'un dans le code civil et l'autre dans le projet de code de la consommation, n'est pas encore parvenu à intégrer la directive du 25 juillet 1985, alors que cette intégration aurait dû s'opérer avant le 30 juillet 1988. L'harmonisation européenne subit incontestablement, en ce domaine, un cuisant échec. Cela démontre que le système juridique connaît aussi des phénomènes de rejet des corps étrangers et qu'on ne peut pas y pratiquer aisément n'importe quelle greffe !

La transposition par simple juxtaposition paraît être, pourtant, la méthode d'intégration la plus simple car elle n'impose pas de véritable refonte du droit interne. Elle pourrait être considérée, au moins dans l'immédiat, comme la méthode la plus rapide et la plus fidèle aux textes communautaires. Elle pourrait, en effet, prendre la forme d'une simple insertion, par reproduction ou par référence, du texte communautaire dans les textes de droit interne. Il est toutefois évident que cette méthode conduit à un habit d'Arlequin car elle juxtapose, sans nécessairement les concilier, des dispositions pour le moins hétéroclites et peut être contradictoires. Son utilisation intense risque de détruire la cohérence du système juridique. Elle n'est donc réellement concevable que si elle correspond à une fusion du droit communautaire avec le droit interne ou si la norme européenne peut être absorbée par celui-ci. Autrement dit, la transposition du droit communautaire en droit interne par juxtaposition suppose un minimum de compatibilité entre l'un et l'autre.

(14) I. Schwenzer, "L'adaptation de la directive communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux en Allemagne fédérale", *Rev. Int. Dr. Comp.* 1991, p. 57 et s.

(15) G. Alpa, "Le nouveau régime juridique de la responsabilité du producteur en Italie et l'adaptation de la Directive communautaire", *Rev. Int. Dr. Comp.* 1991, p. 75 et s.

B. FUSION-ABSORPTION

L'intégration de la "Directive Seveso" en droit français en fournit un excellent exemple. La convergence de ses objectifs avec ceux de la loi du 19 juillet 1976 est manifeste.

La directive est intervenue dans la perspective "des objectifs et des principes de la politique de l'environnement dans la communauté... et notamment du principe selon lequel la meilleure politique consiste à éviter, dès l'origine, la création de pollutions et de nuisances... et les possibilités d'accident par une intégration de la sécurité aux différents stades de la conception, de la production et de l'exploitation" d'activités industrielles dangereuses. Ces objectifs rejoignent celui de la loi du 19 juillet 1976 "relative aux installations classées pour la protection de l'environnement" et sont ainsi facilement pris en compte dans la loi du 22 juillet 1987 portant, notamment, sur la prévention des risques majeurs. "Le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres", prévu par l'article 100 du Traité de Rome et réclamé dans le préambule de la Directive Seveso, était déjà préparé par la législation française.

C'est pourquoi la fusion des mesures imposées par la communauté avec les concepts du droit français a pu s'opérer aisément. La loi du 22 juillet 1987 les a intégrées parmi les servitudes d'utilité publique concernant l'utilisation du sol, prévues par l'article L. 126-1 du code de l'urbanisme et énumérées en annexe à l'article R. 126-1, qui comportent notamment la limitation ou l'interdiction du droit d'implanter des constructions ou des ouvrages. Cela impliquait naturellement la fusion de l'institution de ces nouvelles servitudes avec les mécanismes et les procédures françaises, telles que l'enquête publique (art. 7-2, loi 19 juillet 1976 modifié par art. 23, loi 22 juillet 1987), le report au P.O.S. et l'absorption des nouvelles servitudes d'utilité publique (art. 7-3, loi 19 juillet 1976 modifiée et art. R. 126-2, c. urb.), les exigences relatives au permis de construire (art. 7-1, loi 19 juillet 1976 modifiée). On observe un processus analogue de fusion avec le droit français des installations classées auquel renvoie la modification de la loi du 19 juillet 1976 opérée par la loi du 22 juillet 1987 (art. 7-1, in fine). Il suffisait d'absorber les nouvelles installations visées dans les catégories préexistantes d'installations classées et d'intégrer les installations susceptibles de donner lieu à des servitudes d'utilité publique dans les dispositions et procédures préexistantes du droit interne : c'est ce qu'a fait le décret n° 89.837 du 14 novembre 1989 qui a complété le décret n° 77.1133 du 21 septembre 1977. Ces nouvelles dispositions coordonnent d'ailleurs l'institution de nouvelles servitudes d'utilité publique et le régime des autorisations d'installations classées. Cette insertion des exigences communautaires dans l'ordre juridique interne par voie de fusion-absorption suppose en effet de les raccorder à toutes les pièces de l'ordre juridique existant. Cette insertion par fusion-absorption peut paraître impossible quand la simple transposition des impératifs communautaire dans le tissu juridique interne préexistant paraît inopportune ou quand il faudrait y greffer de véritables corps étrangers.

L'intégration du droit communautaire en droit interne implique alors une véritable transformation de celui-ci.

C. TRANSFORMATION

Une telle transformation paraît plus contraignante et aliénante que de simples juxtapositions ou des fusions-absorptions entre droit communautaire et droit interne. Elle se heurte naturellement à davantage de résistance, voire à une sorte de refus. Cela peut expliquer que le droit français, ne pouvant aisément digérer les implications de la Directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, ne l'ait pas encore intégrée. Il est vrai que des considérations extra-juridiques, politiques, économiques et sociales, notamment, peuvent entraver cette transformation.

Quant à la transposition de la Directive Seveso, l'indemnisation des propriétaires et titulaires de droits réels qui subissaient un préjudice du fait de l'institution de nouvelles servitudes posait un problème particulier.

En droit français, l'article L. 160-5 c. urb. prévoit : "n'ouvrent droit à aucune indemnité les servitudes instituées par application du présent code en matière de voirie, d'hygiène et d'esthétique ou pour d'autres objets et concernant, notamment, l'utilisation du sol, ... la proportion des surfaces bâties et non bâties dans chaque propriété, l'interdiction de construire dans certaines zones, la répartition des immeubles entre diverses zones". Le principe de non indemnisation des servitudes d'urbanisme paraît inadapté au cas de servitudes d'utilité publique qui n'ont pour raison d'être que l'exercice d'activités lucratives par des entreprises industrielles.

La loi du 22 juillet 1987 a donc modifié le principe qu'applique le droit français aux servitudes d'utilité publique. Le nouvel article 7-4 de la loi du 19 juillet 1976 modifiée prévoit, sous forme de principe, que l'institution des servitudes prévues à l'article 7-1 ouvre droit à une indemnité au profit des propriétaires, des titulaires de droits réels ou de leurs ayants-droit lorsqu'elle entraîne un préjudice direct, matériel et certain. C'est alors à l'exploitant de l'installation que la demande d'indemnisation doit être adressée et c'est à lui qu'incombe le paiement des indemnités.

Certes, l'article L. 160-5 c. urb. prévoit, à titre d'exception, l'indemnisation des servitudes d'urbanisme au cas d'atteinte à des droits acquis ou de modification de l'état antérieur des lieux déterminant un dommage direct, matériel et certain. Mais on ne connaît que de très rares cas d'application de cette indemnisation alors que celle établie par l'article 7-4 de la loi du 19 juillet 1976 modifiée doit d'autant plus constituer la règle qu'elle est assumée par les entreprises exploitantes et non par la puissance publique... Ceci est d'autant plus remarquable que, pour le reste, cette indemnisation est soumise aux mécanismes de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

La transformation du droit interne peut aussi revêtir la forme de la création de législations et d'organismes nouveaux. La transposition des normes européennes dans les ordres juridiques nationaux peut exiger des réformes de fond ; mais elle peut aussi, sans les imposer, servir de prétexte à des mutations du droit positif interne.

En France, le Conseil d'État, soucieux des délais et de la qualité du travail de transcription, recommande d'éviter "qu'à l'occasion d'une opération de transcription qui correspond à une logique autonome mais n'exige parfois que des textes courts, les administrations engagent une réforme en profondeur d'une législation, d'une profession ou d'un secteur qui ne peut entraîner que

retards et complications dommageables du point de vue des opérations de transcription" (16).

On aborde alors l'examen des procédés d'intégration.

II - PROCÉDÉS D'INTÉGRATION

L'intégration dans le droit national de normes communautaires non dotées d'un effet direct suppose évidemment l'édiction de textes législatifs et réglementaires ayant pour objet et pour effet de procéder à leur transposition. L'élaboration de ces textes relève des procédures constitutionnelles et de la méthodologie législative habituelles. Mais elle est imposée de l'extérieur. Elle n'est ni libre, ni livrée au seul débat démocratique national, sous l'arbitrage de la puissance publique. Elle est plus un décalque qu'un dessin et découle d'une logique propre. Cela implique d'abord des procédés formels particuliers (A). Mais, la technique rédactionnelle et formelle n'est que l'expression de choix matériels qui président à l'insertion, dans le droit substantiel national, de corps étrangers que l'on tente de rattacher à des concepts, des catégories, des institutions ou des mécanismes préexistants en droit interne (17). Il y a là des procédés matériels (B) de transposition par des sortes d'interfaces que l'on extrait du système juridique interne.

A. LES PROCÉDÉS FORMELS

La transposition des normes communautaires dans les ordres juridiques nationaux s'opère par des lois et règlements qui édictent des dispositions correspondantes en droit interne. Cette édition emprunte les catégories et les procédures constitutionnelles du pays concerné, la répartition française entre loi et règlement, par exemple. Les procédures internes sont cependant sacrifiées, parfois, à des impératifs de rapidité, pour respecter les délais impartis par une Directive. Ainsi, pour rendre compatible le projet de loi portant réglementation des télécommunications, modifiant la loi française du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication, avec la "Directive télévision sans frontières", on a délégué certaines mesures au pouvoir réglementaire et occulté l'exigence d'une convention avec le Conseil supérieur de l'audiovisuel. En matière d'assurance, on a admis qu'un Décret ne soit pas soumis, comme il aurait dû l'être, au Conseil national des assurances. Ces dérogations aux procédures internes ont pour seul but de gagner du temps. Mais il faut souligner qu'elles sont autorisées par la loi elle-même qui ne fait exception qu'à des dispositions législatives et ne peut évidemment pas se soustraire à des mécanismes ayant valeur constitutionnelle.

La transposition des Directives communautaires revêt cependant des formes diverses. Les règles communautaires peuvent être intégrées dans des textes codifiés. L'une des modalités envisagées de transposition en droit français de la directive du 26 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux consisterait ainsi à introduire dans le code civil un nouveau titre spécifique. Les directives des 17 septembre 1984 et 26 mai 1986 relatives à la sécurité de certains engins de chantier ont été intégrées

(16) Rapport public du Conseil d'État pour 1990, précité, p. 15.

(17) M. Laflandre, "Méthodologie juridique de transposition en droit interne des normes communautaires", supra p. 949.

dans le code du travail par un décret du 16 juin 1990. Il en a été de même pour le code des marchés publics. La technique de la codification formelle, dite administrative, limitée au regroupement et au classement logique des textes existants dans une matière déterminée, devrait faciliter cette forme d'insertion du droit communautaire dans les codes de droit interne. Elle permettrait même d'y faire figurer les règles communautaires, dans une partie spéciale, au même titre que les parties législatives, réglementaires ou d'arrêtés réglementaires, par simple insertion, pourvu qu'il n'y ait pas de contradictions de fond.

Mais, plus souvent, la mise en conformité du droit interne aux exigences communautaires procède d'une loi qui, selon les cas, réforme en conséquence le droit interne antérieur ou édicte des dispositions complètement nouvelles. Il arrive même, exceptionnellement, que le législateur délègue au pouvoir réglementaire le soin de procéder à la transposition d'une directive en prenant les mesures nécessaires par décret (18). La coordination de l'ordre juridique communautaire et des ordres juridiques nationaux peut même se faire par simple renvoi du droit interne aux normes communautaires, au moins quand celles-ci sont dotées d'un effet direct, tandis que les normes communautaires se réfèrent souvent à la législation des États-membres. En matière de groupement européen d'intérêt économique, le règlement C.E.E. n° 2137 du 25 juillet 1985 se range aux conditions de la personnalité juridique des divers droits nationaux (art. 1 § 3). Inversement, la loi française n°89.377 du 13 juin 1989 renvoie souvent directement aux dispositions du règlement (article 9, 11, 12 notamment). En matière de sociétés, l'intégration des textes européens en droit français était moins aisée (19).

Quelle que soit la légistique formelle utilisée, l'intégration des normes communautaires en droit interne se heurte à des difficultés de formulation. Le Conseil d'État relève de nombreux cas où il faut "déterminer le sens exact d'une expression employée par une directive ou en trouver une traduction satisfaisante en droit interne, faute de pouvoir disposer d'une exacte correspondance de certains de leurs termes en droit français (20). Selon les cas, on peut concevoir la transposition d'une directive à la lettre ou seulement dans l'esprit du texte, les deux méthodes pouvant être alternativement utilisées, dans un même domaine (21). Ce problème est inhérent au plurilinguisme, voire au pluralisme juridique, qu'implique la C.E.E.. Sur le plan linguistique, toutes les versions d'un même texte communautaire ayant la même valeur, les textes internes doivent, dans chaque pays, être fidèles à son esprit et à ses finalités, s'ils ne peuvent en respecter scrupuleusement la lettre. Il faut donc d'abord s'efforcer de trouver, en droit interne, l'expression juridique équivalente aux termes utilisés dans les textes communautaires. Ce n'est que lorsque, de manière exceptionnelle, il n'existe aucune expression adéquate, que l'on peut reproduire dans les textes internes les termes utilisés dans les textes européens.

(18) Rapport public du Conseil d'État pour 1990, précité p. 14.

(19) Article Farnocchia, "Analyse des méthodes d'intégration à travers l'étude des textes européens relatifs à la S.A.R.L. à un seul associé et à la société anonyme européenne", supra p. 993 et s.

(20) Rapport précité p. 13.

(21) J.-J. Alexandre, "Aspects méthodologiques de la transposition en droit français de la directive du Conseil du 22 juin 1987 concernant l'assurance protection juridique", supra pp. 969 et s.

C'est ainsi qu'un décret du 10 avril 1990 emploie la notion de "niveau-guide" de la directive du 15 juillet 1980 relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine. C'est ainsi, également, que la notion de "pouvoir adjudicateur", utilisée par les directives du conseil des communautés relatives aux marchés publics, a été réutilisée, telle qu'elle, dans la loi du 3 janvier 1991 (22). Cette introduction de termes ou de concepts nouveaux dans l'ordre juridique interne dépasse cependant la simple transposition formelle. Elle concerne l'arsenal conceptuel des systèmes juridiques nationaux. Elle est donc grave et doit rester exceptionnelle.

B. LES PROCÉDÉS MATÉRIELS

L'insertion des prescriptions communautaires dans les ordres juridiques internes des États membres suppose une double manifestation de fidélité. Elle doit respecter à la fois la norme communautaire et la cohérence matérielle interne du système juridique envisagé. C'est dire qu'elle suppose, sauf exceptions, un rattachement rigoureux des notions et des dispositions transposées à des concepts, des principes, des règles, des mécanismes de droit interne. Même quand il faut introduire un élément étranger dans l'ordre juridique d'un pays déterminé, faute d'assimilation possible à son droit actuel, il faut le raccorder soigneusement à tout l'environnement institutionnel, processuel et substantiel existant, pour qu'il puisse s'incorporer au système juridique considéré sans en être rejeté, ni ignoré.

Il faut donc qualifier les dispositions communautaires en droit interne pour les y introduire. Cette conceptualisation nationale du droit communautaire emprunte les voies habituelles de la qualification juridique. En qualifiant, en France, des règles communautaires de sécurité publique de servitudes d'utilité publique, voire plus précisément de servitudes d'urbanisme, on les injecte parfaitement dans le système français, car elles y sont d'emblées soumises, ensuite, à tout le régime juridique correspondant.

C'est donc ce procédé de qualification du droit communautaire à transposer en droit interne que l'on utilise, le plus souvent. Cela implique souvent de choisir le rapprochement le plus adéquat, entre plusieurs possibilités différentes.

La transposition de la directive Seveso en droit français s'est opérée par référence aux servitudes d'utilité publique et au régime des installations classées. Elle a pu se raccorder ainsi aux mécanismes du P.O.S., de l'enquête publique, du permis de construire... et se transposer en droit français par de simples adaptations mineures qui n'atteignent pas sa cohérence interne.

On estime, à juste titre, préférable cette fusion-absorption, voire cette juxtaposition, des normes communautaires au droit interne à de véritables bouleversements. Ainsi, la transposition, en France, des directives sur les marchés publics a été réalisée avec le moins de modifications possibles au code des marchés publics : c'est ce que l'on peut appeler "la voie de l'économie de moyens" (23). Il importe peu qu'elle conduise à une intégration minimale, dès lors qu'elle respecte à la fois les exigences communautaires et la logique interne des systèmes nationaux.

(22) Rapport précité p. 13 ; J.-Y. Cherot, *op. cit.* n° 3 et 3-2.

(23) J.-Y. Cherot, *op. cit.*, § 1.

Pour y parvenir, une certaine discipline et une certaine harmonie des procédures d'élaboration des normes communautaires et de transposition en droit interne seraient opportunes. Le Conseil d'État a émis à cet égard de judicieuses suggestions dans son rapport public pour 1990 (24).

La qualité de la transcription des exigences communautaires en droit interne gagnerait, en effet, à plus d'unité et de continuité entre les opérations de négociation des directives et celles de transcription. Cela serait possible en concentrant les opérations de transcription du droit communautaire en droit interne entre les mains d'une sorte de cellule interministérielle à laquelle seraient associés les fonctionnaires qui participent à la négociation des directives. Une consultation du Conseil d'État pour avis, lors de la négociation des directives, pourrait aussi éviter de regrettables couacs juridiques. La formation des fonctionnaires chargés de la transcription au droit communautaire les rendrait plus performants.

Tout cela permettrait de prévoir, dès l'élaboration des directives européennes, les difficultés de leur transposition en droit interne et d'éviter d'emblée ces difficultés en modelant en conséquence les directives en chantier.

Même sur le terrain strictement juridique, l'intégration européenne n'est pas chose facile. La connaissance et l'utilisation de méthodes adéquates pour y parvenir devraient rendre plus carrossable ce chemin cahoteux. Tant d'ornières pourraient être comblées par la mise en œuvre de procédés appropriés à l'intégration recherchée ! Leur étude doit se poursuivre avec acharnement.

(24) Op. cit. p. 14.

ANNEXES

ANNEXE - I -

COMPTE-RENDUS DE RÉUNIONS DE L'ATELIER DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

Les articles publiés dans le corps de cet ouvrage tiennent lieu de compte-rendus d'autres réunions de l'Atelier de Méthodologie juridique.

Ont participé aux réunions de l'Atelier de Méthodologie juridique : MM. Alexandre, Bergel, Mme Bonjan-Peyron, M. Cherot, Mme Cimamonti, Melle Cortez, MM. Coupet, Delcamp, Di Marino, Farnocchia, Flory, Fouilloux, Frayssinet, Garron, Giovannangéli, Melle Grivart de Kerstrat, MM. Morand, Pédrot, Philippe, Pruvot, Putman, Savelli, Storrer, Thiers.

RÉUNION DU 12 JANVIER 1990

En ce qui concerne le thème de recherche propre à l'Atelier en 1990 et 1991, deux sujets sont proposés par M. Delcamp à partir de ceux suggérés lors de la dernière séance.

L'un concerne "l'écriture de la loi" et englobe le processus de décision, les techniques d'élaboration, le langage et spécialement le problème de rédaction des dispositions transitoires et la question de l'entrée en vigueur des lois. Ce sujet pourrait faire l'objet d'études ultérieures.

Il est décidé de traiter, les deux prochaines années, "les méthodes d'intégration du droit communautaire dans la législation française", du point de vue de la méthodologie législative, compte tenu des problèmes de coordination des normes, de la diversité des systèmes juridiques concernés, des divers degrés de contrainte et de liberté des normes internes et communautaires, de la possibilité de législations concurrentes, de l'osmose ou de l'inspiration réciproque entre les droits internes et le droit européen, de l'évolution des méthodes des directives, des problèmes de traduction et de terminologie, des difficultés de greffe de dispositions extérieures dans un système interne, du désordre que peut créer l'irruption du droit communautaire dans les systèmes nationaux...

Les services administratifs du Sénat pourront, grâce à une recherche, dans les matières des différentes commissions, fournir des éléments du plus haut intérêt pour une telle étude. Il sera demandé à des spécialistes de droit européen (MM. Bonassies, Dubouis, Garron, Gueydan...) d'éclairer les travaux de l'Atelier sur l'expérience acquise en matière d'intégration du droit européen. On tentera également d'avoir des informations sur les expériences étrangères.

Lors de la prochaine réunion, M. Putman esquissera le problème de l'intégration du droit européen dans le droit interne français, en droit des affaires.

REUNION DU 23 FÉVRIER 1990

La réunion est consacrée à une première étude sur les méthodes d'intégration du droit communautaire des affaires au droit français à partir de la réflexion amorcée par M. Putman dont le texte est annexé à ce compte-rendu.

La discussion porte principalement sur les points suivants

- Il existe une constante interaction et un phénomène d'osmose entre le droit communautaire et les droits internes des pays de la Communauté. En particulier, certains textes communautaires sont inspirés de dispositions préexistantes du droit interne de certains pays. Les règles établies au sein des organes communautaires impliquent ensuite des modifications de ces droits internes que les organes compétents de chaque pays intègrent plus ou moins dans leur système juridique. Inversement, le droit européen peut procéder directement d'une inspiration communautaire, totalement créatrice de certaines règles ou de certains mécanismes ou instruments. Il serait, dès lors, utile de rechercher l'origine des textes communautaires dans certains domaines - tests. Il serait, à cet égard, intéressant d'analyser la genèse d'un certain nombre de textes communautaires que l'on prendrait pour échantillons et pour lesquels on tenterait de détecter les liens éventuels entre la nature des textes communautaires (Règlement, directive ou recommandation) et leur origine et d'examiner leur élaboration, l'enchaînement de textes successifs, leur articulation, leurs contenus respectifs... L'exemple de l'élaboration du statut de la société européenne et de la proposition de règlement parue dans le bulletin des communautés européennes n° 5/89 pourrait être intéressant à analyser et à suivre.

- Les modalités et les délais d'intégration des textes européens en droit français doivent être étudiés. Il serait également utile de déterminer l'importance quantitative respective des règlements, des directives et des recommandations, dans les principales matières ainsi que d'examiner le nombre des directives qui ont été intégrées dans le droit français et dans les droits des autres pays de la Communauté et les délais dans lesquels cette intégration s'est effectuée.

- Un autre aspect mérite d'être étudié. Il s'agit de savoir par quelles méthodes les auteurs des textes législatifs ou réglementaires de droit interne peuvent éviter toute contradiction avec le droit communautaire.

RÉUNION DU 30 MARS 1990

Outre l'étude générale des méthodes d'intégration du droit communautaire dans les législations internes et l'étude particulière de certains problèmes plus spécifiques ou propres à certaines matières, notre recherche doit s'appuyer sur l'analyse ponctuelle de l'interaction de règles communautaires déterminées et de dispositions de droit interne.

Ainsi, l'introduction de la directive européenne du 22 juin 1987 sur l'assurance de la protection juridique et les adaptations du Code des assurances à d'autres directives (Dir. C.E.E. du 22 juin 1988 - J.O.C.E. 4 juillet 1988 (libre prestation de service en assurance non vie) et Dir. C.E.E. 78-473 du 30 mai 1978 (après C.J.C.E. n° 220-83, 4 décembre 1986) sur la coassurance communautaire) par la loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 pourrait être utilement étudiée (v° J. Bigot, J.C.P. 1990.1.2437). On pourra également comparer la loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 sur les E.U.R.L. et E.A.R.L. et la proposition de Directive européenne sur les S.A.R.L. à un seul associé. De même, les suites du règlement n° 4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises qui entrera en vigueur le 21 septembre 1990, celles de la loi n° 83-660 du 21 juillet 1983 relative à la sécurité des consommateurs et de la

Directive du Conseil des C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux pourront être étudiées en détail.

On procède aujourd'hui à une analyse partielle comparée de l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 sur les G.I.E. du Décret n° 85-295 du 1er mars 1985, du règlement C.E.E. n° 2137-85 du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un G.E.I.E. et de la loi n° 89-377 du 13 juin 1989 relative aux G.E.I.E., modifiant l'ordonnance du 23 septembre 1967.

Le règlement du 25 juillet 1985 comprend essentiellement des dispositions impératives ou prohibitives (Ex. Art.1° al. 1 et 2, art. 1°-2, art.3, art.4-1 et 2, art. 5, art.8...), mais aussi des dispositions réservant aux États membres une liberté de décision législative (Ex. Art.1°-3 : "les États membres déterminant si... ; art. 4-3 : "un État membre peut prévoir que..."), parfois limitée par des conditions (Ex. Art.4-4 : "Tout État membre est autorisé à exclure ou restreindre, pour des raisons tenant à son intérêt public, la participation de certaines catégories de personnes..."). Il y a bien dans le même règlement divers degrés de normativité.

L'article 1° de la loi du 13 juin 1989 utilise la liberté laissée par l'article 1er-3 du règlement du 25 juillet 1985 pour décider, conformément aux règles de droit interne français et à l'art.3, ord. du 23 septembre 1967, que "les G.E.I.E. immatriculés en France au Registre du commerce et des sociétés ont la personnalité juridique dès leur immatriculation", en application des exigences et des facultés prévues par les articles 1er-2, 6 et 39 du règlement.

L'article 2 de la loi du 13 juin 1989 prévoit : "Les G.E.I.E. ont un caractère civil ou commercial selon leur objet. L'immatriculation n'emporte pas présomption de commercialité d'un groupement" Ce texte reprend celui de l'article 3 ord. 1967, alors qu'il n'y a pas de disposition correspondante dans le règlement C.E.E.

L'article 3 du règlement C.E.E. définissant le but du groupement reprend très exactement celui prévu par les articles 1 et 2 al. 1 de l'ordonnance de 1967 et est retranscrit dans la nouvelle rédaction de ce texte prévue par l'article 14 de la loi du 13 juin 1989. Mais celle-ci dispose maintenant que l'article 1° du G.E.I.E. "doit se rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci". Cela recopie l'alinéa 2 de l'article 3-1 du règlement, tandis que ce n'était pas expressément prévu dans l'ordonnance de 1967. Toutefois les prohibitions édictées en conséquence dans le règlement (art.3-2) ne sont pas reprises dans la loi de 1989.

L'article 3 de la loi de 1989 dispose que "les droits des membres du groupement ne peuvent être représentés par des titres négociables", comme l'article 2 de l'ordonnance de 1967, bien que cela ne soit pas dit dans le règlement, même si c'est implicite dans ses articles 22 et 23.

L'article 21 de la loi de 1989, sur l'administration des groupements, utilise (art.6) pour le G.E.I.E. et répercute pour le G.I.E. la faculté de désigner (à certaines conditions habituelles en droit français) une personne morale comme gérant d'un G.E.I.E., ouverte à titre dérogatoire par l'article 19 du règlement de 1985, et abandonne ainsi les solutions de l'article 9 de l'ordonnance de 1967 qui n'admettait à ces fonctions que des personnes physiques.

Ici le législateur français va plus loin que le droit communautaire ne le lui imposait.

L'article 15 du règlement dispose que "lorsque la loi applicable au groupement en vertu de l'article 2 prévoit la nullité du groupement, cette nullité doit être constatée ou prononcée par décision judiciaire...". Elle entraîne la liquidation du groupement. Elle est opposable aux tiers dans les conditions... L'article 9 de la loi en fait une application minimale en prévoyant que "cette

nullité ne peut résulter de la violation des dispositions impératives du règlement n° 2137-85 du 25 juillet 1985 du Conseil des communautés européennes, ou de la présente loi, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général" et que l'action en nullité est éteinte lorsque la nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance sauf si cette nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet du groupement..." Pour les G.I.E., cela a été inséré dans l'ordonnance de 1967 par l'article 19 de la loi de 1989 qui, pour ce faire, y a ajouté un article 3.1, alors que rien à cet égard n'était prévu dans le texte initial de l'ordonnance de 1967.

Mais la nouvelle loi française applique seulement ici le droit commun français à ce cas particulier. **La référence expresse, dans un texte de droit interne, aux dispositions impératives d'un règlement communautaire est, néanmoins, remarquable.**

Conformément à l'article 23 du règlement qui dispose que "le groupement ne peut faire publiquement appel à l'épargne", l'art.10 de la loi de 1989 reprend, à peine de nullité, cette interdiction pour les G.E.I.E., alors qu'elle n'est pas reprise pour les G.I.E. et que l'article 5 de l'ordonnance de 1967 admet que le G.I.E. peut émettre des obligations s'il est composé de sociétés remplissant les conditions pour le faire. N'y-a-t-il pas là de contradiction entre la loi interne et le droit communautaire ou, au moins, une résistance.

On a, en définitive, l'impression (qu'il faudra vérifier par une analyse plus précise et par d'autres exemples, dans d'autres domaines), que, sauf exceptions, on a tendance à ne procéder en droit français qu'à une intégration minimale.

Néanmoins, l'analyse sommaire faite ci-dessus, fait d'ores et déjà apparaître plusieurs modèles d'intégration. D'autres analyses devront affiner cette première approche des méthodes de la technique législative d'intégration des textes communautaires. Les libertés laissées aux législateurs nationaux par les textes communautaires semblent utilisées surtout pour protéger le droit interne, ce qui peut correspondre à la fois à une sorte de "nationalisme" ou à une volonté de cohérence du système juridique.

RÉUNION DU 4 MAI 1990

M. Delcamp présente une étude (ci-jointe) de Monsieur Laflandre, administrateur au Sénat, sur la méthodologie juridique de transposition en droit interne des normes communautaires. Cette étude présente quelques problèmes de méthodologie juridique rencontrés par la Commission des affaires économiques du Sénat lors de la transposition du règlement communautaire C.E.E. n° 2137/85 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (G.E.I.E.). Ces problèmes méthodologiques ont été liés à l'originalité de l'introduction en droit interne d'un règlement qui, contrairement aux directives, est normalement d'application directe dans tous les États membres des communautés et aux difficultés d'adaptation juridique du dispositif de cette norme communautaire rencontrées par le législateur. Ces difficultés étaient purement méthodologiques car cette question ne soulevait pas de difficultés politiques majeures. M. Laflandre a étudié successivement le contexte juridique de cette transposition et les problèmes méthodologiques de transposition de la norme européenne au regard du droit interne. Il en conclut que les conditions de l'intervention parlementaire sont altérées dans une telle situation parce que le Parlement légifère "sous contrainte" et parce que les instances parlementaires manquent de moyens d'information sur les textes européens. Ces problèmes méthodologiques vont se reproduire à brève échéance.

Les problèmes de coordination du droit communautaire et du droit européen peuvent dépendre de mécanismes constitutionnels tels que le respect des exigences des articles 34 et 37 de la Constitution, notamment quand il existe une obligation communautaire d'instituer des sanctions pénales.

Il peut suffire de se référer au droit européen mais il arrive que la transposition du droit communautaire interne implique deux textes différents, l'un de droit européen, l'autre de droit français. La coordination de nouvelles dispositions et de situations juridiques préexistantes peut également susciter des difficultés (p. ex. possibilité pour les professions libérales de recourir aux G.E.J.E.). Il faut là une réflexion plus large sur la coordination du corpus normatif communautaire général avec un corpus interne spécial. M. Touchard, au Sénat, a étudié ces problèmes dans sa thèse. Cette réflexion générale doit s'accompagner d'une étude propre au droit des affaires, d'une recherche en droit pénal, et d'une réflexion sur les institutions européennes afin de dresser un inventaire des principaux problèmes et de dégager des orientations.

En général, ce sont les directives qui ont à être intégrées en droit interne puisque les règlements sont, eux, d'application directe. Mais il y a lieu, peut-être, même si cela déborde un peu de notre sujet, de comparer les modes d'intégration par voie réglementaire et par voie législative.

Il faudra, en outre, examiner les conditions d'intégration des normes européennes dans les Codes, notamment à l'occasion des travaux confiés maintenant à la Commission supérieure de codification. Où seront-ils intégrés ? Y aura-t-il ratification législative ? Comment recenser tous les textes européens et internes ? Quel peut être l'apport de l'informatique pour les coordonner et éviter des contradictions ? Comment absorber des résistances socio-professionnelles (à étudier, par exemple, le droit de l'audiovisuel, des appellations d'origine...). L'insertion des normes européennes peut avoir un effet désintégrateur d'autres mécanismes préexistants d'harmonisation internationale. Elle peut laisser aux États une marge de liberté plus ou moins étendue. La "reconnaissance mutuelle des normes techniques" peut constituer une nouvelle approche de ces problèmes. De même, des compétences différentes peuvent être reconnues selon l'assiette de certaines situations comme, par exemple, entre concentrations internes et concentrations de dimension européenne.

Quoiqu'il en soit, l'intégration des normes européennes dans les droits internes implique inévitablement une multiplication des textes alors qu'une étude récente de M. Oppetit ("L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême", D.1990.1.73) montre que, pour le seul droit français, il n'existe pas moins de 360.000 textes.

Il n'est pas douteux, non plus, que le droit interne risque souvent d'être en contradiction avec le droit communautaire. Mais on peut, semble-t-il, considérer que, depuis la récente évolution de la jurisprudence du Conseil d'État (arrêt *Nicolo*), il existe maintenant en droit français un mécanisme satisfaisant de résolution des conflits grâce au contrôle qui peut être exercé par le Conseil d'État et la Cour de cassation et celui de la C.J.C.E. : saisie de questions préjudicielles par le Conseil d'État et la Cour de cassation. Encore faut-il que le Conseil d'État ne se réfère plus trop souvent à la théorie de "l'acte clair".

Ces divers points pourront être éclairés par des études particulières, après les vacances d'été sur des domaines et des textes spécifiques. M. Cherot étudiera ces problèmes, en matière de marchés publics et M. Farnocchia en matière d'E.U.R.L. et de S.A.R.L. à associé unique.

RÉUNION DU 7 DÉCEMBRE 1990

M. Bergel fait le point des travaux de l'Atelier au cours de l'année 1989-1990.

Il indique que l'organisation générale du département de théorie juridique impose une certaine régularité des réunions de l'Atelier de Méthodologie Juridique qui se tiendront les premiers Vendredi de chaque mois de l'année universitaire (à 17 heures).

En conséquence, le programme prévisionnel des réunions, sous réserve de l'accord des intervenants et d'éventuelles permutations est établi comme suit

Vendredi 11 janvier 1991 : L'intégration du droit communautaire dans le droit interne en matière de droit des affaires : M. Putman.

Vendredi 1er février 1991 : La transposition des Directives Marchés Publics : J.-Y Cherot (avec référence à une précédente intervention de Mlle de La Vergne).

Vendredi 1er mars 1991 : L'intégration du droit communautaire, en matière de droit des assurances : M. Alexandre.

Vendredi 5 avril 1991 : Analyse des méthodes d'interprétation à partir des textes relatifs aux E.U.R.L et aux E.A.R.L. : M. Farnocchia.

Vendredi 3 mai 1991 : Méthodes d'intégration et ordre juridique communautaire ou étude en matière de droit du vin ou de télévision et d'audiovisuel, selon les disponibilités d'intervenants éventuels.

Vendredi 7 juin 1991 : Le droit des concentrations.

Ces études seront reliées à l'intervention de M. Garron du mois de juin 1990. Celui-ci doit incessamment nous transmettre un texte résumant son exposé.

Les réflexions doivent être conduites du double point de vue des exigences et des modes de transposition du droit communautaire et de la méthode du législateur français.

ANNEXE - II -

RAPPORT PUBLIC DU CONSEIL D'ÉTAT

POUR 1990

(E.D.C.E., N° 42, 1991, PP. 11 ET S.)

EXTRAITS

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

LE DROIT COMMUNAUTAIRE ET LES EXIGENCES DE SA TRANSCRIPTION EN DROIT INTERNE

L'importance prise par le droit communautaire dans l'élaboration du droit national, déjà soulignée par les précédents rapports, s'est confirmée au cours de l'année 1990. Toutes les activités du Conseil d'État reflètent cette évolution.

Indépendamment de la jurisprudence de ses formations contentieuses qui s'est développée et précisée dans d'importantes décisions le Conseil a eu à connaître des problèmes posés par la mise en conformité du droit national avec les normes européennes, tant dans les études et les réflexions qu'il a mises en œuvre que dans son rôle de conseil du gouvernement pour l'élaboration des lois et des règlements. Cette expérience lui permet de formuler quelques suggestions pour améliorer l'important travail de transcription auquel l'administration doit encore faire face.

Sur un total de près de deux cents quatre-vingt mesures que la réalisation du grand marché intérieur exigera de prendre, deux cents d'entre elles, qui ne relèvent d'ailleurs pas toutes de la loi ou du décret, devront avoir été adoptées avant le 1er janvier 1993. Ce constat justifie d'autant plus que soit dressé un premier bilan du rôle du Conseil en la matière et des difficultés les plus fréquentes qu'il rencontre.

LES ÉTUDES ET LES RÉFLEXIONS

Saisi par le gouvernement à la fin de l'année 1988 de demandes d'études portant sur divers problèmes posés par la construction européenne, le Conseil d'État a constitué, sous la présidence de son vice-président, et dans le cadre de la Section du rapport et des études, un groupe de travail chargé de préparer ces études

et une commission spéciale comprenant outre le vice-président, tous les présidents de Section, chargée de les adopter.

Dans un premier temps, le gouvernement a demandé au Conseil d'État d'étudier les problèmes posés d'une part, par la transcription en droit interne des directives, et d'autre part, par l'articulation des procédures de consultation nationales et européennes. Deux circulaires ont repris le résultat de ces études : la première signée du Premier ministre et publiée au Journal officiel du 1er février 1990 donne aux administrations les règles à suivre pour transposer dans de bonnes conditions les directives communautaires en droit interne. Elle renforce notamment la mission de coordination du Secrétariat général du comité interministériel pour les questions de coopération économique européenne.

La seconde, du 17 avril 1990, publiée au Bulletin officiel des services du Premier ministre, précise les cas dans lesquels la consultation de la Commission des Communautés européennes est obligatoire et la manière dont celle-ci doit s'insérer dans les procédures de consultation prévues par le droit national.

Par ailleurs, le Conseil d'État a poursuivi l'effort de réflexion synthétique sur des thèmes généraux induits par la réalisation du grand marché intérieur. Deux rapports ont été déposés en 1990 : le premier concerne les professions réglementées dans la perspective du marché unique européen ; le second traite de la transposition en droit interne de la directive relative aux marchés publics de travaux. Un projet de rapport concernant la directive du 21 décembre 1989 sur les procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, est actuellement en cours d'étude. Font également l'objet d'une réflexion les difficultés liées à l'application du droit communautaire par les collectivités territoriales.

LE ROLE DU CONSEIL D'ÉTAT DANS L'ÉLABORATION DES TEXTES DE TRANSCRIPTION

Au cours de l'année, le Conseil d'État a examiné une trentaine de textes environ qui, directement ou indirectement, procédaient à une transcription de normes communautaires, et plus spécialement de directives.

Compte tenu de son expérience, il est en mesure de formuler un certain nombre d'observations et de mentionner les principales difficultés rencontrées.

L'emprise croissante des normes communautaires

L'extension permanente de la réglementation communautaire à de nouvelles matières et le souci des administrations et du Conseil d'État de respecter cette réglementation expliquent la place de plus en plus importante prise par celle-ci dans l'élaboration des règles de droit interne.

Le respect des règles du droit communautaire a conduit dans certains cas le Conseil à opposer aux projets présentés par le gouvernement des objections de fond ou de procédure.

Ainsi n'est-il pas apparu possible de donner un avis favorable au projet de décret instaurant sur le fondement d'une disposition législative du Code des douanes une taxe applicable à certains véhicules routiers immatriculés en République Fédérale d'Allemagne ; la mise en œuvre de ces dispositions aurait en effet méconnu les stipulations du Traité de Rome telles qu'interprétées par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sans que le gouvernement puisse se prévaloir du cas de non-réciprocité prévu par l'article 55 de la Constitution. Il est important de noter que, quelques jours après l'adoption par le Conseil d'État d'une note de rejet sur ce fondement, une ordonnance de la Cour de justice des Communautés européennes a décidé la suspension par la République Fédérale d'Allemagne, en attendant l'arrêt à rendre sur la saisine par la Commission, de la taxe sur les autoroutes que cet État avait créée et qui motivait

l'institution par la France de la taxe sur les véhicules routiers en cause. Parce qu'il adopte par ailleurs la jurisprudence de la Cour de justice qui interprète largement la notion d'aide publique aux entreprises, le Conseil a estimé qu'un projet de décret relatif à des prêts bonifiés facilitant la réalisation de certaines opérations foncières agricoles devait faire l'objet d'une communication préalable à la Commission des Communautés européennes car il s'agissait d'une aide alors même qu'elle n'introduisait ni discrimination ni distorsion de concurrence.

Dans d'autres cas, ces mêmes préoccupations conduisent le Conseil d'État à modifier les textes qui lui sont soumis. Ainsi, pour rendre compatible le projet de loi portant réglementation des télécommunications et modifiant la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, avec la directive dite «télévision sans frontières», il a été proposé que la loi renvoie expressément à un décret le soin de préciser les conditions dans lesquelles la liberté de réception et de retransmission des émissions de radiodiffusion télévisuelle en provenance des autres États-membres de la Communauté européenne serait assurée, les soustrayant par là-même à l'obligation de conclure préalablement à leur distribution sur les réseaux câblés une convention avec le Conseil supérieur de l'audiovisuel.

La volonté de respecter les délais impartis par une directive pour mettre en œuvre ses objectifs, a également conduit l'Assemblée générale à admettre qu'un des décrets pris pour l'application de la loi du 31 décembre 1989 portant modification du Code des assurances et constituant l'une des premières mesures de réalisation du marché unique des assurances, ne soit pas soumis, comme il aurait dû l'être en vertu de cette même loi, au Conseil national des assurances. Cette solution exceptionnelle se justifiait en l'espèce parce qu'il apparaissait que la mise en place de cette instance nécessitait certains délais, alors que les textes d'application de la loi devaient être pris avant le 1er juillet 1990.

Le Conseil d'État a pu parfois constater que la discipline communautaire que l'administration et lui-même s'imposent, conduit à des solutions qui ne sont pas toujours opportunes ou cohérentes.

Ainsi, le décret du 10 avril 1990 relatif aux eaux destinées à la consommation humaine à l'exclusion des eaux minérales naturelles, transpose-t-il les termes d'une directive ancienne qui, compte tenu des délais pris pour cette transcription, ont soit perdu leur intérêt soit fait l'objet d'une évolution technique. Dans d'autres cas, les normes communautaires à transposer sont moins rigoureuses que la réglementation nationale existante ; l'opération de transcription conduit alors nécessairement à abaisser les seuils d'exigence retenus par le droit national, ce qui est regrettable lorsqu'il s'agit de normes harmonisées que les États membres sont tenus de prendre alors que peuvent être en cause des exigences de sécurité ou de protection des consommateurs. Les mesures purement nationales perdent en général en ce cas leur justification, même au regard de l'article 36 du Traité de Rome. Tout au plus les États membres peuvent-ils maintenir pour leurs propres ressortissants des règles plus sévères mais ils risquent alors de créer des «discriminations à rebours», de nature à défavoriser les produits nationaux. En revanche, un tel alignement n'a pas lieu d'être lorsque le texte communautaire lui-même laisse aux gouvernements nationaux une certaine liberté d'appréciation pour accorder par exemple des dérogations aux normes qu'il édicte. Le Conseil d'État considère alors que le gouvernement ne porte pas atteinte au principe d'égalité en ne reprenant pas dans sa propre réglementation toutes les possibilités de dérogation prévues par le texte européen.

Selon la matière traitée et selon l'objet qu'elles s'assignent, les directives permettent ou ne permettent pas aux États-membres de poser des règles plus strictes ou plus détaillées que celles qu'impliquerait leur transposition pure et simple. Il est souhaitable que le dispositif ou les considérants de ces directives indiquent clairement dans quelle logique elles se situent, et que chaque fois que la possibilité existe, les négociateurs français s'efforcent d'obtenir qu'elles ne se

traduisent pas par un abaissement des garanties offertes par le droit français en matière de libertés.

Le Conseil constate en outre que la Commission des Communautés européennes adopte, à propos de la compatibilité de certaines aides, des positions qui ne sont pas toujours en parfaite cohérence alors que sont en cause des politiques de réduction des nuisances et des pollutions industrielles ayant au fond le même objet. Un intérêt évident s'attacherait à ce que puisse être recherchée avec les instances communautaires la définition d'une doctrine homogène dans un domaine aussi important pour la collectivité.

Les problèmes rencontrés à l'occasion des opérations de transcription

Ces problèmes tiennent, pour partie, à des difficultés liées à la formulation de certaines directives. Plus nouveaux sont ceux relatifs aux méthodes mêmes de transposition en droit interne ou aux procédures consultatives imposées par le Traité de Rome.

Les difficultés tenant à la formulation de certaines directives sont nombreuses

À plusieurs reprises, le Conseil a dû déterminer le sens exact d'une expression employée par une directive ou à en trouver une traduction satisfaisante en droit interne faute de pouvoir disposer d'une exacte correspondance de certains de leurs termes en droit français. Ainsi la notion de «niveau-guide» figurant dans la directive du 15 juillet 1980 relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine, introduite en droit interne par le décret du 10 avril 1990, a soulevé des difficultés d'interprétation. De même en a-t-il été de la notion de «pouvoir adjudicateur» employée par les directives du Conseil des Communautés relatives aux marchés publics ; le Conseil a considéré qu'il résultait des termes mêmes de ces directives qu'il fallait entendre par là non les services habilités à négocier et à passer ces marchés mais seulement les personnes morales, État, collectivités territoriales et établissements publics au nom desquels ces services interviennent.

Un important effort d'interprétation et de traduction a également été fait lors de la transposition de la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux.

Bien entendu, lorsque de telles difficultés apparaissent et chaque fois que cela est possible, les termes des directives sont transposés en recherchant quelle est en droit interne l'expression juridique équivalente, cette recherche se faisant d'abord par référence aux principes d'interprétation donnés par la directive elle-même ou à ceux qui paraissent résulter d'une lecture raisonnable de son texte. Ce ne peut être dans ces hypothèses qu'à titre très exceptionnel, et faute d'équivalence certaine, que le Conseil admet de reprendre dans le texte national le terme même employé par la directive. Car il est de tradition de n'utiliser dans les lois et décrets que des termes au contenu précis et conformes aux usages de notre langue.

Les méthodes de transcription

Dans certains cas, les règles de droit interne prises pour la transposition de directives ont été intégrées directement dans des textes codifiés. Tel a été le cas pour le décret du 16 juin 1990 pris pour l'application des directives des 17 septembre 1984 et 26 mai 1986 relatives à la sécurité de certains engins de chantier, qui a complété certaines sections du Code du travail. De même pour introduire en droit interne les dispositions de la directive du 26 juillet 1985 sur la

responsabilité du fait des produits défectueux, un titre relatif à «la responsabilité du fait du défaut de sécurité des produits» a été ajouté au Livre III du Code civil.

Par ailleurs, au cours de l'année, une même directive du 21 décembre 1988 relative à la reconnaissance des diplômes sanctionnant des formations professionnelles d'une durée minimale de 3 ans, a été transposée dans quatre textes différents : le projet de loi portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ceux relatifs à l'organisation de certaines professions de santé, enfin, le projet de décret relatif aux conditions d'accès à certaines offices publics et ministériels.

Il est extrêmement rare qu'il soit possible d'admettre que la loi délègue au pouvoir réglementaire le soin de prendre les mesures nécessaires pour l'application d'une directive qu'elle cite lorsque ces mesures relèveraient normalement de la loi elle-même. Ce procédé est à la rigueur utilisable lorsque les dispositions de la directive sont très précises et ne soulèvent aucune ambiguïté. Tel était le cas pour certaines dispositions du projet de loi portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. Mais cette méthode ne peut être qu'exceptionnelle et elle n'a été retenue en l'espèce qu'en raison de l'importance et de l'ampleur du texte en cause.

Le Conseil d'État a adopté les principes plus classiques de transcription tant pour les lois sur les professions de santé que pour le décret sur l'accès à certains offices publics et ministériels qui ont repris à leur compte en les transposant les dispositions de la directive du 21 décembre 1988.

L'incidence du déroulement des procédures consultatives communautaires

L'obligation de procéder à des consultations préalables de la Commission des Communautés européennes donne souvent lieu à des difficultés d'application devant le Conseil d'État.

Statuant au contentieux, il a été conduit à poser sur ce point une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés par un arrêt d'Assemblée du 26 octobre 1990.

Quant aux formations administratives du Conseil, elles s'inspirent des principes dégagés en la matière par la Cour de justice des Communautés. Cependant des difficultés d'application subsistent qu'elles essaient de résoudre au cas par cas.

En présence d'un projet portant aide publique à une entreprise au sens où l'entend la jurisprudence de la Cour de justice, le Conseil d'État vérifie systématiquement que la procédure obligatoire de consultation auprès de la Commission prévue par l'article 93 du Traité de Rome a été suivie et qu'elle s'est terminée par un avis favorable. Si tel n'est pas le cas il y a lieu à report de l'examen du projet ou à disjonction des dispositions du texte qui, à l'issue de cette procédure, ont fait l'objet d'une décision de non compatibilité de la part de la Commission.

Ce n'est qu'en présence de circonstances tout à fait particulières que le Conseil admet d'assouplir la rigueur avec laquelle il applique les règles de l'article 93 paragraphe 2 du Traité de Rome en prenant par exemple en compte l'urgence.

Enfin, suppléant l'absence de règles et de jurisprudence communautaires sur le jeu des délais lorsqu'au cours de la consultation préalable la Commission des Communautés européennes demande des renseignements complémentaires, le Conseil d'État a considéré que cette demande suspendait le délai de deux mois imparti à la Commission pour statuer, entre la date de sa réception par le gouvernement français et celle du dépôt de la réponse faite à la Commission, sans qu'il y ait lieu de décompter un nouveau délai de deux mois à compter de cette dernière date.

LES SUGGESTIONS

L'amélioration du travail de transcription des directives communautaires impose de prendre en compte tant la spécificité de cette opération qui ne peut être assimilée à l'élaboration des textes nationaux, que l'importance du respect des délais. Un traitement particulier de la procédure de préparation de ces textes est donc justifié. Les deux circulaires parues au début de l'année 1990 ont tiré les principales conséquences de cette situation ; d'autres améliorations restent possibles.

Il convient d'assurer en premier lieu une continuité et une unité plus grande entre les opérations de négociation des directives et de celles de transcription. À cet égard, dans ses précédents rapports, le Conseil d'État avait déjà souligné l'intérêt qu'il y aurait à rechercher les moyens d'améliorer cette situation. Outre un effort important en matière de formation des fonctionnaires au droit communautaire, il avait aussi recommandé que les difficultés sérieuses d'ordre juridique qui pouvaient apparaître au moment des négociations des directives, fassent l'objet de demandes d'avis adressées au Conseil d'État. Il regrette que cette proposition n'ait pas donné lieu à davantage d'applications.

On notera dans cet esprit, l'innovation que comporte l'article 17 de la loi du 31 décembre 1989 «portant adaptation du Code des assurances à l'ouverture du marché européen». Elle prévoit, dans le nouvel article L. 411.2 du Code, que le Conseil national des assurances «est saisi pour avis de tout projet de directive européenne avant son examen par le Conseil des Communautés». Il conviendra de suivre attentivement l'application de ces dispositions par l'administration.

Il serait souhaitable en outre que les fonctionnaires qui participent aux négociations des directives, soient associés aux opérations de transcription, ce qui ne paraît pas être systématiquement le cas aujourd'hui.

En ce qui concerne les opérations de transcription elles-mêmes, la coordination devrait être renforcée. La difficulté vient souvent en effet de ce qu'une même directive concerne en fait plusieurs ministères, et, à l'intérieur de ceux-ci, plusieurs directions et que les réactions de ces différentes administrations aux opérations de transcription ne sont pas nécessairement les mêmes. Il conviendrait que dans chaque ministère, une cellule unique, placée à un niveau hiérarchique lui donnant une vue d'ensemble des activités de cette administration, soit chargée de suivre et coordonner les opérations de transcription. De même il serait souhaitable que le Secrétariat général du comité interministériel pour les questions de coopération économique européenne soit représenté aux réunions organisées au Conseil d'État pour la préparation des textes de transcription qui lui sont soumis.

En outre, pour répondre à la fois aux exigences de respect des délais et de qualité du travail de transcription, deux propositions peuvent être faites.

Il conviendrait, en premier lieu d'éviter qu'à l'occasion d'une opération de transcription qui correspond à une logique autonome mais n'exige parfois que des textes courts, les administrations engagent une réforme en profondeur d'une législation, d'une profession ou d'un secteur qui ne peut entraîner que retards et complications dommageables du point de vue des opérations de transcription. Rien ne s'opposerait, en revanche, à ce que des textes de transcription soient regroupés une ou deux fois par an en des lois spécifiques soumises au Parlement.

En second lieu la qualité du travail de transcription pourrait être améliorée si, pour les textes les plus importants du moins, un pré-rapporteur du

Conseil d'État était désigné dès le début de leur préparation, c'est-à-dire lors de la réunion organisée par le SGCI dans les trois mois de la notification de la directive adoptée par les autorités communautaires.

De manière générale enfin, compte tenu de l'emprise croissante du droit communautaire sur notre droit interne, il est important que l'administration nationale ne se sente pas dessaisie de ses prérogatives mais au contraire associée à cet important travail de transcription. Ceci implique qu'elle dispose de moyens adéquats et d'une pratique suffisante non seulement pour assimiler cette logique communautaire qui est nouvelle mais aussi, éventuellement, pour l'influencer en engageant chaque fois que cela est possible ou nécessaire un dialogue avec les autorités communautaires. À défaut, le risque existe, et il a été parfois perçu, d'une démotivation de l'administration, qui se trouve soumise à de nouvelles règles dont la cohérence interne ne lui est pas toujours perceptible, et sur lesquelles ne s'exercent que peu de contrôles.



ANNEXE - III -

PARLEMENT EUROPÉEN

COMMISSION JURIDIQUE ET DES DROITS DES CITOYENS

PROJET DE RAPPORT SUR LA SIMPLIFICATION, LA TRANSPARENCE ET LA CODIFICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE (DOC. B 2-1676/85)

Rapporteur : M. Garcia AMIGO

SOMMAIRE

- A - Proposition de résolution
- B - Exposé des motifs
 - I - Introduction
 - II - Tentatives précédentes
 - III - Perspectives
 - A) Choix de l'instrument juridique et modalités de rédaction des normes
 - B) Règles de rédaction des textes législatifs communautaires
 - C) Codification déclarative
 - D) Codification constitutive
 - E) Coordination des dispositions communautaires et des normes nationales et régionales
 - F) Initiative en matière d'information juridique
 - G) Initiative à caractère scientifique et juridique

Conclusions

La commission juridique et des droits des citoyens soumet au vote du Parlement européen, sur la base de l'exposé des motifs ci-joint, la proposition de résolution suivante :

PROPOSITION DE RÉOLUTION

sur la simplification, la transparence et la codification du droit communautaire.

Le Parlement européen,

- vu la proposition de résolution de M. von Wogau et autres signataires sur la simplification, la clarification et la codification du droit communautaire (doc. 82-1676/85),
 - vu la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle la Communauté constitue "une communauté de droit",
 - étant donné que dans une "communauté de droit" les dispositions générales régissant les obligations, interdictions et facultés des sujets publics et privés doivent être claires, simples et compréhensibles,
 - vu que, au contraire, le processus de décision communautaire se développe parfois de façon confuse et désorganisée,
 - considérant que sont actuellement en vigueur plusieurs centaines de dispositions qui ont été souvent modifiées quant au fond, soit dans le cadre du droit dérivé, soit en particulier dans celui des accords internationaux,
 - vu les difficultés particulières que rencontrent le citoyen et l'opérateur juridique pour parvenir à reconstituer le cadre juridique en vigueur,
 - rappelant qu'un cadre juridique clair et transparent est le préalable de l'exercice des fonctions de contrôle juridique de la Commission et de contrôle politique du Parlement,
 - vu la résolution du Conseil du 26 novembre 1974 relative à la codification de ses actes juridiques, le rapport du Comité Adonnino et les nombreux engagements pris par la Commission vis-à-vis du Parlement et dans le cadre de la réorganisation des procédures internes de rédaction des propositions législatives à soumettre au Conseil,
 - compte tenu, en conséquence, de la nécessité de procéder, en accord avec les autres institutions concernées par le processus législatif, à l'adoption de toutes les mesures qui s'imposent sur le plan juridique, organisationnel, et informatique pour rendre la réglementation communautaire plus claire, plus simple et plus efficace,
 - considérant en outre la nécessité de publier en temps opportun les textes des accords internationaux auxquels adhère la Communauté et qui concernent donc directement les États membres au titre des conditions qui leur y sont prescrites,
 - considérant que ce travail de clarification doit également être fait au niveau des réglementations nationales et régionales -là où elles existent- qui définissent les modalités d'application des dispositions communautaires pour permettre au citoyen, à l'administrateur public et au juge national ou communautaire d'avoir une vision claire du contexte juridique dans lequel s'exercent les activités régies par le droit communautaire,
 - vu l'article 8 B) du traité CEE tel qu'il a été modifié par l'Acte unique européen, lequel prévoit, entre autres, la rédaction d'ici à 1990 d'un rapport de la Commission sur l'état d'avancement des travaux à effectuer pour adapter les réglementations communautaire et nationale à l'objectif de réalisation du marché intérieur de 1992,
1. estime que, en ce qui concerne le contexte réglementaire de la Communauté, la situation actuelle peut être sensiblement améliorée par les initiatives suivantes ;
sur le plan juridique :
 2. invite la Commission à préparer un projet de règlement du Conseil basé sur l'article 145 du traité CEE qui l'habilite à publier dans la série L du Journal officiel, le texte coordonné portant modification d'une norme communautaire ; dans l'attente d'un tel règlement, le même résultat peut être obtenu par l'inscription d'un article spécifique dans les propositions de modification normative déjà en instance devant le Conseil ;

3. estime que le pouvoir de codification reconnu à la Commission aux termes du paragraphe précédent peut comporter l'adoption dans le texte coordonné d'une numérotation différente des articles et d'une nouvelle formulation des considérants quand cela est rendu nécessaire par une modification substantielle des dispositions modifiées ;
 4. juge également nécessaire que le Conseil arrête sur la base de l'article 100A du traité CEE les mesures qui s'imposent pour obliger les États membres lors de l'adoption des dispositions nationales d'application des directives communautaires à indiquer de façon claire et précise de quelles directives il s'agit ;
- sur le plan de la politique interinstitutionnelle :
5. juge opportun de convenir avec la Commission dans le cadre du programme législatif annuel (article 29 du règlement du Parlement) de l'extension effective des propositions législatives afférentes à l'objet visé, lorsque cela est politiquement et juridiquement souhaitable ;
 6. juge souhaitable que, à l'occasion du rapport annuel sur l'application du droit communautaire, la Commission indique spécifiquement les initiatives qu'elle a prises et qu'ont prises les États membres pour rendre plus clair, plus transparent et plus compréhensible le droit communautaire ; de son côté, le Parlement indiquera, à l'occasion du débat sur ce rapport, les normes pour lesquelles il juge qu'une codification constitutive est nécessaire ;
- sur le plan opérationnel et informatique :
7. juge souhaitable que pour la rédaction des textes normatifs les trois institutions concernées se réfèrent à des critères communs de formulation législative tels que ceux qui sont définis dans les manuels utilisés par le Conseil et la Commission et dans le formulaire sur les actes de l'Assemblée utilisé par les services du Parlement européen ;
 8. juge nécessaire de développer la banque de données interinstitutionnelle CELEX en prévoyant d'y inclure :
 - les références concernant les travaux préparatoires aux actes normatifs qu'elle contient,
 - les textes des résolutions du Conseil et des communications de la Commission concernant l'application et l'interprétation des normes communautaires,
 - les textes codifiés comme prévu au paragraphe 2 ci-dessus ;
 9. juge souhaitable que les États membres qui disposent de banques publiques de données juridiques définissant une interface entre elles et le système CELEX pour permettre l'accès aux dispositions nationales d'application des directives communautaires ;
- sur le plan scientifique et juridique :
10. juge souhaitable que l'évolution du processus législatif dans la Communauté et les États membres fasse l'objet d'une évaluation annuelle de la part d'autorités dignes de foi sur le plan scientifique et juridique comme l'Institut universitaire européen de Florence ; un tel "observatoire européen" institutionnel et législatif devrait notamment repérer les éléments de convergence ou éventuellement de divergence entre les initiatives législatives dans les domaines d'intérêt communautaire ; ces évaluations devraient être transmises aux institutions communautaires en vue de l'éventuelle adoption, si nécessaire, de mesures législatives ou de contrôle ;
 11. juge indispensable que le Conseil demande aux États membres :
 - de rendre obligatoire l'étude du droit communautaire pour ceux qui sont appelés à exercer une profession dans le contexte juridique,
 - d'exiger la connaissance des notions fondamentales du droit communautaire des candidats aux concours publics pour des postes dans les administrations nationales ou régionales,

- d'informer en temps voulu, en détail et de façon capillaire les magistratures nationales sur l'évolution du droit communautaire afin de leur permettre d'exercer leurs fonctions de façon plus efficace en tant que magistrature communautaire ;

12. charge son Président de transmettre la présente résolution au Conseil, à la Commission, aux Parlements des États membres ainsi qu'au Président de l'Institut universitaire européen.

EXPOSÉ DES MOTIFS

I - INTRODUCTION

Avec une production annuelle de 4 à 5 milles mesures publiées au Journal officiel et plus de 25.000 actes mémorisés dans le système CELEX, l'univers juridique communautaire s'est considérablement développé. Certes, dans la grande majorité des cas, ces mesures ont un caractère limité et contingente et sont plus des actes de gestion que des actes législatifs (même lorsqu'ils sont dénommés règlements ou décisions). Il est cependant incontestable que, en moins de trente ans, le système de "droit dérivé" communautaire a acquis des dimensions comparables à celles d'un système juridique national à tradition séculaire. Le problème est d'autant plus compliqué que la nature des actes, les différentes procédures d'adoption et surtout la complexe procédure d'application, au niveau national, des directives, notamment, mettent souvent les citoyens et les administrateurs publics dans l'incapacité de savoir quelles sont les normes en vigueur à un moment donné pour un secteur déterminé. On peut même se demander si l'accumulation des dispositions législatives communautaires et leur chevauchement avec les dispositions nationales et parfois régionales, ne sont pas de nature à transformer le citoyen européen en une victime plutôt qu'en un acteur responsable.

En outre, il faut se rappeler que chaque année la Communauté approuve plus de 100 directives et que, dans le même temps et sur les mêmes questions, les législateurs nationaux approuvent des centaines de dispositions qui ne sont que l'application des normes communautaires. Et dans les États où il existe un cadre législatif local ou régional, la situation est encore plus compliquée. À côté de cela, il faut aussi tenir compte d'un autre élément qui ajoute à la complexité du problème, à savoir que avec l'extension de ses domaines d'intervention, surtout depuis l'Acte unique, la Communauté opte toujours plus pour la fonction "subsidaire", concourant à l'action des administrations nationales. Ce qui signifie que le citoyen européen qui veut placer au mieux son argent ou faire reconnaître son diplôme doit avoir connaissance des dispositions communautaires, et des mesures nationale d'application qui diffèrent de ces dernières au niveau des modalités, des temps et des sujets qui les appliquent.

Il est vrai qu'une seule et même personne ne peut théoriquement s'intéresser à l'ensemble des dispositions communautaires, même si virtuellement elle ne peut les ignorer : "ignorantia legis non excusatur". Il est également vrai que la plupart des États membres ont des traditions juridique semblables qui sont à l'origine d'une ressemblance certaine de leurs institutions juridiques, notamment dans le domaine du droit civil et du droit pénal. Mais il n'en reste pas moins que parler, dans notre situation, d'une "communauté de droit" apparaît plus aujourd'hui comme un vœu pieux et un objectif encore lointain que comme une description de faits réels.

Personne ne se fait l'illusion de voir le système juridique retrouver la clarté et la transparence qu'il avait à l'époque où le pouvoir public opérait dans des secteurs limités et à travers des normes générales et abstraites. Mais l'intérêt

public s'étant historiquement développé et diversifié, il incombe en premier lieu au législateur communautaire, national ou régional de faire en sorte que les décisions prises soient claires et que les difficultés inutiles et les redondances soient éliminées. Cela non seulement dans l'intérêt des citoyens mais également dans celui des administrateurs publics qui sont souvent les premiers à ne pas connaître ou à oublier les dispositions les concernant.

Ce travail de simplification et de transparence doit concerner tous les niveaux de décision en raison de l'interdépendance objective qui s'est établie et qui fait qu'une mauvaise législation régionale peut conditionner une bonne législation communautaire ou nationale ou qu'une disposition communautaire mais libellée ou inopportune peut déterminer des réactions en chaîne difficilement contrôlables au niveau des sources normatives nationales ou locales.

À notre avis, le travail de simplification doit commencer là où il s'avère le plus nécessaire, c'est-à-dire au niveau des dispositions communautaires qui peuvent, comme on le sait, même conditionner les normes constitutionnelles nationales, là où elles existent.

Aussi estimons-nous que c'est tout d'abord à la Commission, au Conseil et au Parlement qu'il revient de définir des dispositions plus claires, plus simples et plus efficaces, dans leur intérêt et dans celui des législateurs nationaux. Le Parlement, en particulier, de par sa constitution, sa légitimité démocratique et sa co-responsabilité croissante dans les procédures législatives, et notamment dans la procédure de coopération, doit s'attacher à détruire le château kafkaïen dans lequel la Communauté s'emprisonne progressivement.

II - TENTATIVES PRÉCÉDENTES

2. L'exigence dont nous parlons ici n'est ni nouvelle ni originale. Dans les années 1970, le Parlement avait déjà proposé l'adoption d'une procédure législative permettant de procéder à une codification périodique des actes communautaires soumis à nombreuses modifications (voir la proposition de règlement du Conseil publiée dans le J.O. n° C 99 du 20.11.73 "règlement instituant une procédure de codification" et l'avis du Parlement publié dans le J.O. n° C 55 du 13.5.74).

Selon cette proposition de règlement, la Commission devait, suivant un plan de priorités établi par le Conseil, procéder à la rédaction de textes codifiés de tous les actes juridiques du Conseil ayant subi des modifications fréquentes. La proposition était fondée sur l'article 235 du Traité et constituait une sorte de compromis entre la codification dite constitutive et la codification déclarative. Comme on le sait, la première constitue en réalité un nouvel acte juridique qui abroge les textes de base et doit donc être adoptée selon les mêmes procédures que celles prévues pour les nouveaux actes. Tandis que la seconde n'est qu'une compilation d'actes qui a plus en soi une valeur pratique, comme instrument de travail, qu'une valeur juridique.

La solution proposée dans ce règlement prévoyait la publication au Journal officiel par la Commission des textes "codifiés" qui n'abrogeaient pas les dispositions initiales mais les reclassaient, éventuellement avec une numérotation différente des articles et une adaptation rédactionnelle des considérants. Cette dernière mesure a une importance considérable dans le système communautaire, si l'on pense à la jurisprudence de la Cour de Justice sous l'angle de la correspondance existant entre les "considérants" et le dispositif d'un acte communautaire.

3. La proposition de règlement et l'avis du Parlement n'ont pas eu de succès, bien qu'ils constituent à nos yeux une solution possible du problème exposé. On pourrait aujourd'hui reprendre cette solution en choisissant une nouvelle base

juridique qui ne suppose pas de vote à l'unanimité au Conseil comme le prévoit l'article 235. Cette base pourrait être l'article 145 du traité CEE, tel qu'il a été modifié par l'Acte unique. Selon cet article, le Conseil délègue à la Commission des compétences d'exécution pour les actes qu'il établit. Dans ces compétences d'exécution, on peut certainement inclure la publication d'un texte coordonné des dispositions initiales et des modifications y apportées. Cette solution présente l'avantage suivant : puisque l'article 145 ne prévoit pas de majorité spécifique, on appliquerait l'article 148, paragraphe 12, qui stipule que, sauf dispositions contraires du traité, les délibérations du Conseil sont acquises à la majorité des membres qui le composent" (majorité simple).

4. De son côté, le Conseil ne s'est pas jusqu'ici montré particulièrement sensible de la codification, sauf lors de la délibération du Conseil des ministres de la Justice du 26 novembre 1974 (voir J.O. C 20 du 28 janvier 1975) à l'occasion de laquelle il a déclaré "qu'il conviendrait de prévoir, dans la mesure du possible, une véritable codification constitutive, impliquant l'abrogation des actes antérieurs pour des raisons de sécurité juridique en outre de l'examen de *nouvelles procédures* en vue de la codification de la législation communautaire...".

En application de cette décision, on a d'abord institué un groupe de travail "Informatique juridique" composé de fonctionnaires représentant les États membres et examinant les problèmes de rédaction des textes codifiés et en deuxième lieu, on a créé (par décision prise le même jour) un comité interinstitutionnel de gestion de la base de données CELEX. Sur cette base, on peut aujourd'hui accéder à la plupart des actes à caractère général publiés au Journal officiel (les actes de gestion et certains accords internationaux n'y figurent pas encore).

Les travaux du groupe "Informatique juridique" et le développement du système CELEX font l'objet d'une vérification périodique annuelle ; actuellement, il leur est donné une impulsion nouvelle.

5. La Commission, quant à elle, a pris, au cours de ces dernières années, une série d'initiatives intéressantes, mais à portée limitée. Elle en a rendu compte au parlement dans sa récente communication du 8 juillet 1988 "L'Europe des citoyens" (doc. COM(88) 331 point 3.2.6).

Elle cite en particulier une décision (adoptée le 1er avril 1987 - doc. SEC(87) 509) dans laquelle elle demande à ses services "de procéder à la codification *constitutive* des actes *au plus tard* après leur dixième modification". Toutefois, il convient de signaler qu'elle a accepté, à titre transitoire, de déroger à cette règle jusqu'au 31 décembre 1988. Sur le plan pratique, il faut dire que les secteurs les plus concernés par les initiatives de codification aussi bien constitutive que déclarative sont ceux dans lesquels s'exerce traditionnellement l'activité de la Commission (à savoir notamment les différents volets du secteur agricole avec les codes vitivinicoles et ceux relatifs aux fruits et légumes... Le secteur douanier est plus récemment le secteur social).

Quoique positives, toutes ces initiatives sont, il faut le reconnaître, trop limitées et trop incohérentes. Il est donc opportun que le Parlement européen, dont la fonction de co-responsable de la production législative communautaire est toujours plus marquée, fasse pression sur les autres institutions pour que la codification, la transparence et la simplification du droit communautaire soient réalisées à une plus large échelle.

III - PERSPECTIVES

6. Ces initiatives pourraient, à notre avis, se concentrer dans les secteurs suivants :

A) Choix de l'instrument juridique et modalités de rédaction des actes

Les textes qui, dès l'origine, contiennent un canevas bien structuré requièrent ensuite moins de modifications. La Commission propose parfois plusieurs propositions pour une même intervention ; ces propositions pourraient être unifiées dans un seul acte, ce qui permettrait un gain de temps et de procédures. C'est le cas, par exemple, des modifications aux réglementations techniques, des propositions de modification des dispositions relatives aux procédures de passation des marchés publics de fournitures, des récentes propositions de réforme des fonds structurels (qui restent des réglementations séparées même si l'Acte unique européen en a indiqué clairement les modes d'harmonisation). Les raisons pour lesquelles la Commission propose plusieurs procédures législatives pour la même question sont évidentes. De cette façon, elle cherche à isoler les dispositions susceptibles de retarder la mise en place d'une proposition normative plus générale.

En choisissant cette procédure, la Commission fait usage d'un droit d'initiative législative que lui reconnaissent les traités. Toutefois, à notre avis, il est important et opportun que le Parlement européen intervienne dans cette décision soit à l'occasion de la définition des programmes législatifs pour des secteurs déterminés (Livre blanc pour le marché intérieur, Livre bleu pour la pêche, Livre vert pour les télécommunications), soit à l'occasion du programme législatif annuel en prévoyant les adjonctions nécessaires à la proposition législative avant qu'elle ne soit officiellement formulée.

B) Règle de rédaction des textes législatifs communautaires

Le problème des modalités de rédaction des textes législatifs est une question qui fait l'objet de discussions et de décisions dans presque tous les États modernes, de droit romain, germanique ou de Common law. Les différentes administrations nationales émettent des circulaires, directives ou parfois des actes législatifs qui réglementent précisément les modalités de rédaction de ces derniers. Au niveau communautaire, il existe actuellement deux manuels, l'un au Conseil (dont une édition mise à jour est en cours de publication), l'autre à la Commission (dont la dernière édition date de 1985). Par contre, au Parlement, pour la formulation des actes de l'Assemblée, l'on recourt à un formulaire qui lui aussi est actuellement en cours de révision. Mais ce formulaire ne concerne pas les modalités de rédaction des amendements aux textes soumis à l'examen de l'Assemblée.

Il serait vraiment opportun qu'avant la fin de la présente législature, les organes compétents du Parlement définissent une ligne commune avec les deux autres institutions concernées par la rédaction et l'adoption des actes législatifs communautaires. Même lorsqu'il s'agit de dispositions juridiquement non contraignantes, ces instruments peuvent favoriser une rédaction plus claire et une recherche plus facile des dispositions communautaires ou des dispositions nationales se rapportant aux dispositions communautaires.

C) Codification déclarative

Il est très rare qu'un texte coordonné soit publié au Journal officiel même dans la partie C (communications). La plupart des textes sont recueillis dans des publications privées ou par des éditeurs privés ou par la Commission elle-même. Le cas le plus fameux est celui de "l'ange bleu" qui regroupe les dispositions du secteur agricole, qu'elles émanent du Conseil ou de la Commission.

Il est important de souligner que ces textes coordonnés prévoient uniquement l'intégration des normes contenues dans le dispositif des actes mais ne prévoient pas l'harmonisation des considérants qui restent normalement les mêmes que ceux du texte initial. Il est évident que lorsque celui-ci a subi de nombreuses et d'importantes modifications, la partie explicative et le dispositif ne sont plus cohérents. Il faut aussi rappeler que les textes coordonnés font à leur tour l'objet de mises à jour qui s'étalent sur de longues périodes, ce qui signifie qu'ils doivent eux-mêmes être examinés à la lumière des modifications apportées après la dernière "codification".

D) Codification constitutive

Même les cas de codification constitutive par lesquels l'acte final remplace les actes précédents concernent le plus souvent le secteur agricole, dans lequel la Communauté a un rôle prédominant par rapport à celui des autres législateurs nationaux ou locaux. Dans la pratique, cela signifie, comme on l'a dit, que l'on applique à l'acte de codification, pour l'établir, la même procédure qu'aux actes modifiés ; ce qui peut entraîner une remise en discussion non seulement de la modification proposée mais également des textes de base, d'où la prudence de la Commission dans ses propositions de codification de textes susceptibles d'être remis en discussion dans leur ensemble devant le Conseil ou le Parlement.

Si nous référons à l'esprit du règlement précité de 1974 sur une procédure commune de codification des actes communautaires, il est, à notre avis, relativement aisé d'apporter une solution à ce problème :

a) soit en prescrivant dans un règlement général que ce pouvoir de la Commission doit avoir une portée générale, sauf si le Conseil se réserve d'établir lui-même le texte coordonné (article 145 du traité CEE) ;

b) soit en insérant une clause "type" dans chaque acte du Conseil confiant à la Commission, comme compétence d'exécution, la publication au Journal officiel du texte "coordonné" avec la disposition de modification.

Une solution semblable est aujourd'hui en vigueur en Italie pour la publication des lois de conversion des décrets-lois. Conformément à une loi récente, datant de 1985, le Journal officiel italien publie, à l'occasion de la modification d'une loi, non seulement la modification elle-même mais également le texte de la loi tel qu'il résulte de la modification adoptée (avec en plus un certain nombre de références aux travaux législatifs et préparatoires).

Dans le cas de la Communauté, on pourrait donc procéder à la publication du texte de l'acte du Conseil et en même temps à la publication du texte coordonné qu'arrête la Commission en vertu des compétences que lui confère le Conseil à l'article 145 du traité CEE. À l'occasion de la coordination du texte, la Commission pourrait naturellement modifier la numérotation des articles et des considérants pour rendre cohérentes les différentes parties du texte publié.

En outre, s'agissant d'un texte officiel, cette initiative se traduirait également par la publication du texte dans la série L du Journal officiel et par la possibilité d'y accéder automatiquement sur la base de données CELEX dans une rubrique à part (textes codifiés).

Ici se pose l'important problème de la reconstruction de tous les textes de l'origine à aujourd'hui. À notre avis, ce travail pourrait être réalisé conjointement par les services juridiques de la Commission, du Conseil et du Parlement européen qui pourraient procéder à la reconstruction de la situation normative en vigueur chaque fois que la Commission présente une proposition de modification normative au Parlement. Des contacts opportuns pourraient déjà être établis entre les trois institutions au moment de la définition du programme législatif annuel pour les dossiers pour lesquels la Commission prévoit de présenter une proposition au cours de l'année.

E) Coordination des normes communautaires et des normes nationales et régionales

Même si les systèmes juridiques nationaux -et là où ils existent régionaux- sont formellement séparés du système juridique communautaire, il y a entre eux une réelle interdépendance. Ce principe qui, à plusieurs reprises, a été affirmé par la Cour de justice, n'a en fait de sens pratique concret que lorsque la norme nationale ou régionale d'application de la norme communautaire fait explicitement référence à cette dernière pour permettre aux juges nationaux ou aux citoyens de vérifier la concordance des deux normes. Mais la réalité, ce n'est malheureusement pas le cas, puisqu'aucune disposition communautaire n'impose au législateur national de citer dans les mesures d'application la norme communautaire qu'elles appliquent.

Pour l'administrateur public et pour le citoyen, les contraintes et possibilités découlant du droit communautaire représentent un ensemble de normes qui forment un tout, même si celles-ci sont de source différente. Aussi est-il nécessaire de rendre le plus transparent possible le lien qui unit les dispositions des différents systèmes pour permettre aux juges nationaux et aux citoyens de mieux connaître leurs droits et leurs devoirs.

À notre avis, il conviendrait, sur la base de l'article 100 A du traité, d'insérer une disposition visant à garantir cette transparence dans le règlement-cadre sur la simplification et la codification du droit communautaire. Dans l'attente de l'adoption d'une telle disposition, on pourrait prendre quelques mesures sur le plan informatique dans le cadre du système CELEX (voir point suivant).

F) Initiatives en matière d'informatique juridique

La banque de données CELEX a joué, depuis sa création il y a quatorze ans, un rôle déterminant en aidant les citoyens et les opérateurs à s'y reconnaître dans la jungle normative communautaire. Toutefois, nous considérons que ses programmes de développement pour les années à venir doivent plus largement tenir compte :

- a) de la législation nationale d'application ;
- b) des résolutions, déclarations et communications explicatives adoptées par la Commission ou le Conseil sur l'application des dispositions communautaires.

En ce qui concerne la transposition de la législation nationale, l'actuelle base de données dénommée ASMODEE ne contient aujourd'hui que les références aux textes normatifs d'application qui sont à leur tour soumis à de nombreuses modifications.

Pour que les références puissent être d'une quelconque utilité, il faut également que sur le plan informatique l'on crée au niveau national des banques de données qui soient compatibles avec le système CELEX et qui reprennent non seulement les titres mais les textes des dispositions nationales d'application.

Il s'agit d'un besoin prioritaire, car les actuelles banques de données nationales, là où elles existent (en Italie, Allemagne, France...) ne sont pas toujours compatibles avec le système normatif communautaire. En d'autres mots, il peut arriver qu'une disposition nationale d'application d'une norme communautaire soit adoptée sous forme de décret ministériel ou de règlement et ne soit pas reprise dans le système informatique national, d'où la difficulté de l'opérateur communautaire à la retrouver.

À cet égard, il convient de rappeler que les États membres ne se soumettent pas tous et pas toujours à l'obligation de communiquer à la Commission les mesures adoptées sur le plan national pour appliquer les dispositions communautaires. Toutefois, cet aspect particulier du problème pourra

être mieux analysé par la commission juridique et des droits des citoyens dans son rapport périodique sur l'application du droit communautaire.

En ce qui concerne la publication des circulaires et des textes explicatifs de la Commission, il est évident que la codification est d'autant plus utile que les textes auxquels elle s'applique sont accompagnés des interprétations données par les autorités appelées à les faire respecter ou appliquer.

Ces notes explicatives (sous forme de communications) devraient donc être reprises non seulement dans le Journal officiel mais également dans la banque de données CELEX à une partie spécifique de celle-ci.

G) Initiatives à caractère scientifique et juridique

Il est inutile de rappeler ici toutes les rencontres, tous les séminaires et tous les organismes qui dans les États membres et au niveau communautaire procèdent à l'examen de la production normative communautaire sous ses différents aspects. Cependant, nous sommes d'avis qu'il manque une instance de réflexion permanente qui puisse tirer de l'évolution législative communautaire et nationale les enseignements qui s'imposent pour parvenir à une amélioration de cette production. Le Parlement européen devrait être particulièrement sensible à cette exigence dans la mesure où siègent en son sein des députés tantôt nationaux tantôt communautaires et des groupes politiques qui exercent leurs activités de production législative aussi bien au niveau national que communautaire.

Il serait donc nécessaire d'offrir à ces opérateurs du droit quelque chose en plus de la simple transparence qui concerne les citoyens et les juges nationaux. Il faudrait prévoir dans le cadre d'un "observatoire législatif européen" la préparation d'un rapport périodique sur l'évolution de la législation dans la Communauté et dans les États membres dans les domaines d'intérêt commun. La mission de cet observatoire serait précisément a) de repérer les lacunes pouvant exister dans les dispositions nationales et communautaires ou les conflits pouvant surgir entre elles et b) d'améliorer à partir de là l'activité du législateur national et du législateur communautaire.

Ce rapport périodique pourrait être rédigé par le Parlement européen, par un institut qualifié et autonome comme l'Institut universitaire européen de Florence, avec la collaboration des administrateurs des différentes administrations nationales et communautaires.

CONCLUSIONS

7. Toutes ces initiatives semblent encore bien modestes au regard de l'objectif qui consiste en la réalisation d'un système juridique plus transparent et, partant, plus démocratique. On peut douter que le Conseil et en partie la Commission donnent à ce problème l'importance qu'il mérite. Significatif à cet égard est le fait que l'on ait attendu onze ans entre la résolution de 1974 et le rapport Adonnino de 1985 pour retrouver dans un document de la Communauté des critiques quant au caractère toujours plus hermétique du système juridique communautaire.

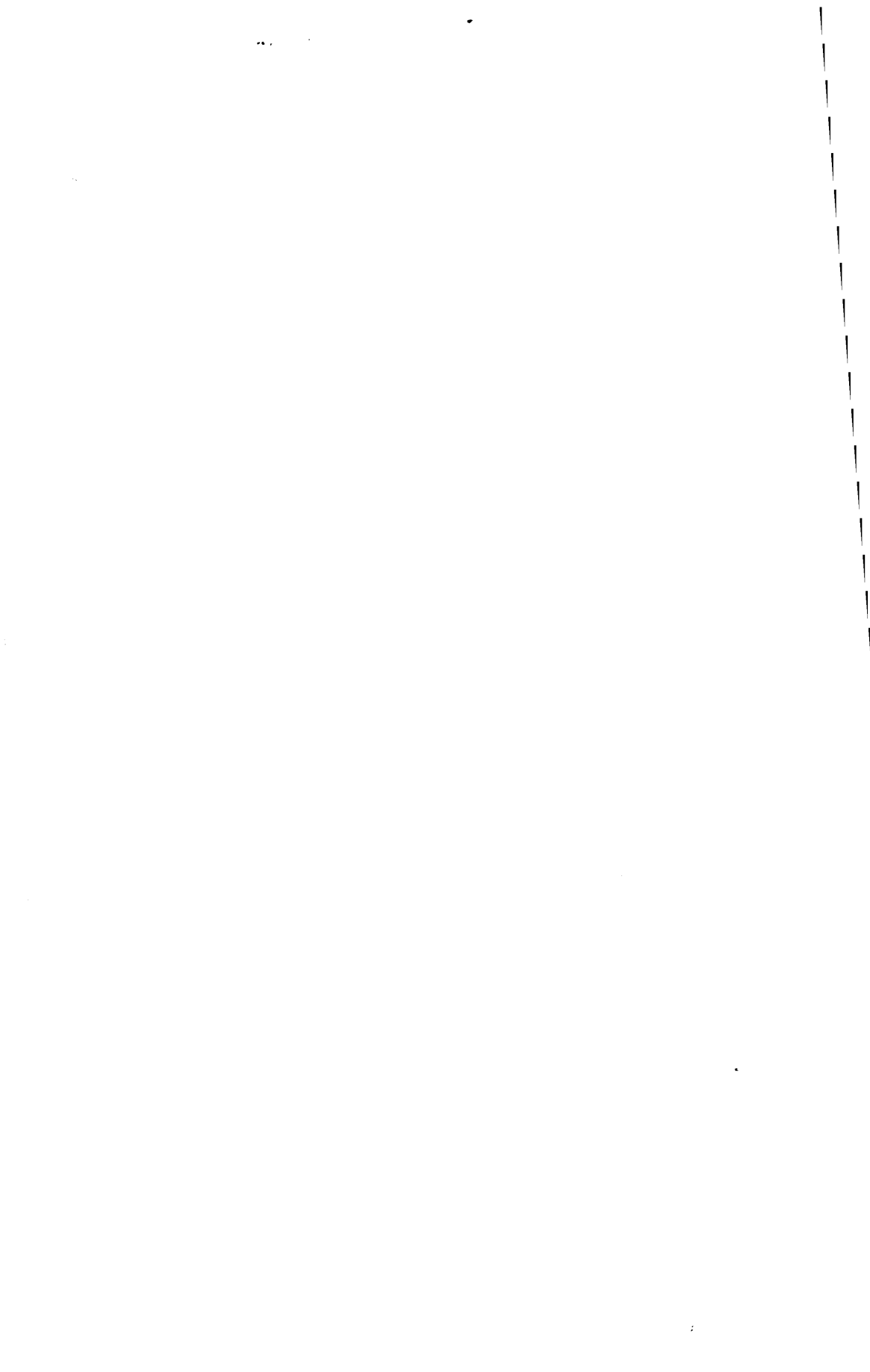
En réalité, il faut bien admettre que la clarification et la transparence des normes sont moins un problème technique qu'un choix politique ; et ce choix sera d'autant plus facile que seront clairement définis le rôle des acteurs et les caractéristiques du système dans lequel il faudra opérer.

La Communauté est une institution qui, du point de vue politique, sociologique et juridique, est encore en pleine évolution ; aussi l'ambiguïté des rôles et des normes est parfois voulue, aussi bien par ceux qui souhaitent étendre leur champ d'action que par ceux qui sont désireux de revenir à la situation juridique antérieure.

Dans ce contexte, on comprend que l'initiative législative dans les nouveaux secteurs consiste en tentatives, directives et règlements séparés, dans l'espoir que la première procédure couronnée de succès puisse ouvrir la voie à d'autres procédures analogues dans des secteurs plus délicats. Ce sont là des faits bien connus, et il est évident que dans cette partie d'échecs qui est désormais la voie vers l'Union européenne, c'est le citoyen européen qui est, en fin de compte, le perdant.

Compte tenu des reproches que la Cour de Justice a, à diverses reprises, adressé aux États membres qui ne faisaient pas de nettoyage dans leur système juridique national à l'occasion de l'entrée en vigueur d'une norme communautaire, l'on peut s'étonner que les institutions communautaires n'aient pas été de sa part l'objet de critiques sur le caractère confus et parfois imparfait de leurs textes.

Dans cet état de choses, le principe "ignorantia legis non excusatur" peut être considéré pour le citoyen plus comme une menace que comme une garantie de certitude du droit. Il est à espérer qu'il n'arrivera pas au système communautaire ce qui est arrivé au Conseil constitutionnel italien, à savoir que devant la complexité des normes nationales en matière d'urbanisme, il a dû excuser un citoyen qui les avait ignorées.



ANNEXES - IV -

EXEMPLES DE TEXTES AYANT FAIT L'OBJET D'UNE ANALYSE PARTICULIÈRE

- Bulletin des Communautés européennes, Supplément 5/88
Société à responsabilité limitée à un seul associé
Exposé des motifs
Proposition de douzième directive
- Loi du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée
- Loi du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement
- Décret du 14 novembre 1989 relatif à la délimitation des périmètres dans lesquels peuvent être instituées des servitudes d'utilité publique en application des articles 7-1 et 7-2 de la loi du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement
- C.E.E. - Directive du Conseil du 24 juin 1982 concernant les risques d'accidents majeurs de certaines activités industrielles
- Loi du 22 juillet 1987 relative à la protection de la forêt contre l'incendie et à la prévention des risques majeurs
- Ordonnance du 23 septembre 1967 sur les groupements d'intérêt économique
- Décret du 1 mars 1985 pris pour l'application de la loi du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises
- Règlement C.E.E. du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (G.E.I.E.)
- Loi du 13 juin 1989 relative aux groupements européens d'intérêt économique et modifiant l'ordonnance du 23 septembre 1967 sur les groupements d'intérêt économique

BULLETIN DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Supplément 5/88

SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ LIMITÉE À UN SEUL ASSOCIÉ

Exposé des motifs

Considérations générales

Le programme de coordination du droit des sociétés mis en œuvre par voie de directives sur la base de l'article 54 du traité de Rome a pour objet de rendre équivalentes les garanties exigées des sociétés en vue d'une protection des intérêts tant des associés que des tiers. Jusqu'à présent, dans ce domaine, l'harmonisation concerne, d'une part, à l'égard de l'ensemble des sociétés de capitaux, notamment la publicité (1), les comptes annuels (2), les comptes consolidés (3), ainsi que l'agrément des contrôleurs aux comptes (4) et, d'autre part, à l'égard des seules sociétés anonymes, la constitution et le capital (5) ainsi que les opérations de fusion (6) et de scission (7). En revanche, la présente directive ne vise qu'un aspect tout à fait particulier des sociétés à responsabilité limitée, l'introduction d'une société à un associé unique (société unipersonnelle).

Le programme d'action communautaire en faveur des petites et moyennes entreprises approuvé par le Conseil le 3 novembre 1986 (8) implique le dépôt de

(1) Première directive (68/151/CEE) du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58, alinéa 2, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers (JO L 65 du 14.3.1968).

(2) Quatrième directive (78/660/CEE) du Conseil, du 25 juillet 1978, fondée sur l'article 54, paragraphe 3, sous g), du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés (JO L 222 du 14.8.1978).

(3) Septième directive (83/349/CEE) du Conseil, du 13 juin 1983, fondée sur l'article 54, paragraphe 3, sous g), du traité et concernant les comptes consolidés (JO L 193 du 18.7.1983).

(4) Huitième directive (84/253/CEE) du Conseil, du 10 avril 1984, fondée sur l'article 54, paragraphe 3, sous g), du traité et concernant l'agrément des personnes chargées du contrôle légal des documents comptables (10 L 126 du 12.5.1984).

(5) Deuxième directive (77/91/CEE) du Conseil du 13 décembre 1976, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58, alinéa 2, du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme, ainsi que le maintien et les modifications de son capital (JO L 26 du 31.1.1977).

(6) Troisième directive (78/855/CEE) du Conseil du 9 octobre 1978, fondée sur l'article 54, paragraphe 3, sous g), du traité et concernant les fusions de sociétés anonymes (JO L 295 du 20.10.1978).

(7) Sixième directive (82/891/CEE) du Conseil du 17 décembre 1982, fondée sur l'article 54, paragraphe 3, sous g), du traité et concernant les scissions de sociétés anonymes (JO L 378 du 31.12.1982).

(8) JO C 287 du 14.11.1986 et Bull. CE 10-1986 point 1.3.1 ; Bull. CE 11-1986, point 2.1.22.

propositions relevant du droit des sociétés, en vue d'encourager leur création et leur développement. Le Conseil européen a également insisté, à plusieurs reprises, sur la promotion de l'esprit d'entreprise dans la Communauté. L'encouragement de l'accès des entrepreneurs individuels à la forme sociétaire, qui représente le meilleur cadre pour le développement des affaires dans le marché intérieur, s'inscrit dans cette politique. La résolution du Conseil, du 22 décembre 1986, sur le programme d'action pour la croissance de l'emploi (9) souligne également le besoin d'encourager l'entreprise individuelle. En ce qui concerne la société unipersonnelle, les législations de certains États membres permettent, actuellement, la constitution d'une telle société, tandis que d'autres maintiennent l'exigence d'une pluralité d'associés en prévoyant comme sanction, en cas de réunion de toutes les parts en une seule main, soit la dissolution de la société, soit la responsabilité solidaire de l'associé devenu unique.

Les États membres qui permettent la constitution d'une société d'une personne sont le Danemark (depuis 1973), la République fédérale d'Allemagne (1980), la France (1985), les Pays-Bas (1986) et la Belgique (1987). Au Luxembourg, un projet de réforme dans ce sens est devant la Chambre des députés depuis 1985.

L'Espagne, la Grèce, l'Italie, l'Irlande et le Royaume-Uni ne connaissent pas la société unipersonnelle. Le Portugal n'admet pas non plus la société d'une personne, mais a introduit dans sa législation l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée en 1986.

Parmi les États membres qui connaissent la société unipersonnelle, le Danemark, la République fédérale d'Allemagne et les Pays-Bas permettent que cette société soit constituée non seulement par des personnes physiques, mais également par des personnes morales, tandis que la Belgique interdit à une personne morale d'être l'associé unique d'une société. La France est entre ces deux tendances, car elle permet que les sociétés unipersonnelles soient constituées par des personnes morales, mais interdit la création d'une société unipersonnelle par une autre société unipersonnelle (cela est également prévu au projet luxembourgeois).

La directive, en vue d'harmoniser les législations nationales à cet égard, prévoit l'introduction de la société unipersonnelle dans toute la Communauté. Une telle solution s'impose surtout pour faciliter la création ou le maintien d'entreprises, souvent de taille petite ou moyenne, qui n'ont qu'un seul propriétaire. En effet, d'une part, dans le cas d'un entrepreneur individuel, l'exigence d'une pluralité d'associés impose l'intervention d'un deuxième associé, qui n'est en réalité qu'un homme de paille, ce qui rend l'organisation de la société plus coûteuse et plus compliquée. D'autre part, la forme sociétaire, indépendamment du nombre d'associés, offre un cadre juridique qui, en vertu des mesures communautaires déjà prises ainsi que de la présente directive, assure une série de garanties équivalentes, surtout en matière de publicité, ainsi que d'établissement et de contrôle de comptes, qui permettent la séparation entre le patrimoine social et le patrimoine privé de l'entrepreneur.

Ainsi, les entrepreneurs individuels, eux aussi, sont encouragés à prendre le risque de créer des sociétés. Cela leur permet de limiter leur responsabilité à un patrimoine affecté à l'exercice d'une activité déterminée sans que la nécessité d'une protection des tiers, à l'égard d'une telle société unipersonnelle, ne soit négligée. À cette fin, la directive prévoit quelques règles spéciales pour la seule société unipersonnelle. Mais, pour le reste, le droit commun à toutes les sociétés à responsabilité limitée s'applique.

(9) JO C 340 du 31.12.1986 et Bull. CE 12-1986 point 2. 1.138.

Commentaire des articles

Article premier

La présente directive ne s'applique qu'aux sociétés à responsabilité limitée. Cela n'exclut pas la faculté d'introduire la société unipersonnelle également pour les sociétés anonymes, à condition que les dispositions de la présente directive soient respectées (voir article 6).

Article 2

Le but de cet article est d'assurer que tous les États membres introduisent dans leur législation la société à responsabilité limitée à un seul associé. Une telle société unipersonnelle peut naître non seulement lors de la constitution de la société, mais aussi suite à une réunion postérieure de toutes les parts en une seule main. Par conséquent, les dispositions qui ne s'expliquent que par l'exigence d'une pluralité d'associés ne peuvent être maintenues. Ainsi, l'article 11, paragraphe 2, sous f), de la directive 68/151/CEE, du 9 mars 1968 (10), qui permet la nullité par décision judiciaire d'une société de capitaux constituée, contrairement à la loi nationale, par un seul associé, est devenu sans objet pour les sociétés à responsabilité limitée.

Pour pouvoir contrôler si une société est effectivement unipersonnelle et pour assurer que toute transparence soit également sauvegardée lors des transferts de parts, la directive exige que les participations au capital de la société unipersonnelle soient nominatives.

L'objectif de l'introduction d'une société unipersonnelle est de mettre à la disposition de l'entrepreneur individuel une structure d'organisation permettant à celui-ci une limitation de sa responsabilité. Pour cette raison, il semble opportun de limiter autant que possible l'usage de la société unipersonnelle aux personnes physiques et aux sociétés petites et moyennes. Ainsi, dans le but d'éviter la création de chaînes de sociétés inextricables, la directive interdit aux sociétés unipersonnelles dont l'associé unique est une personne morale d'être l'associé unique d'une autre société.

En outre, certaines limitations sont établies concernant les personnes morales associés uniques d'une société. La directive permet aux États membres de choisir à leur égard entre deux options.

La première option serait de prévoir la responsabilité indéfinie de la personne morale pour les obligations de la société nées durant la période où elle est l'associé unique. Toutefois, pour le cas où une personne morale devient, après la constitution de la société, l'associé unique de celle-ci, les États membres peuvent prévoir une solution plus souple. Si, avant un an, la situation est régularisée, le fait que la société ait eu, durant ce laps de temps, une personne morale comme associé unique n'entraîne aucune conséquence. Si, par contre, une fois ce délai écoulé, la personne morale ne trouve aucun autre associé, elle est indéfiniment responsable de toutes les obligations de la société nées à partir du moment où elle en est devenue l'associé unique.

La seconde option qu'ont les États membres est d'exiger un capital minimal pour les sociétés unipersonnelles et que ces sociétés, ainsi que les personnes morales qui en sont les associés uniques, soient, à la date de clôture de leurs bilans respectifs, des petites ou moyennes sociétés au sens de l'article 27 de la directive 78/660/CEE, du 25 juillet 1978 (11), concernant les comptes annuels. Lorsque soit la société unipersonnelle, soit la personne morale qui en est l'associé unique dépasse la taille des sociétés moyennes au sens de ladite directive et que la situation n'est pas régularisée dans l'année qui suit la clôture du bilan, l'associé

(10) JO L 65 du 14 3 1968.

(11) JO L 222 du 14.8.1978.

unique est indéfiniment responsable des obligations de la société nées après cette clôture.

La directive n'a pas repris l'interdiction prévue dans certains droits (France, Belgique et projet luxembourgeois), empêchant les personnes physiques ou morales d'être le seul associé dans plusieurs sociétés, ce qui pourrait être un obstacle à l'exercice d'activités différentes par le même entrepreneur individuel.

Article 3

Le fait qu'une société n'ait ou n'ait plus qu'un seul associé est susceptible d'intéresser les personnes qui se mettent en rapport avec elle. C'est pourquoi il doit faire l'objet d'une publicité. Celle-ci est assurée, pour une société unipersonnelle, lors de sa constitution par la publicité des statuts ou de l'acte constitutif, en vertu de l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive 68/151/CEE, du 9 mars 1968 (12). En revanche, pour la société qui devient unipersonnelle après sa constitution, la présente directive requiert la transcription de cette information au registre mais n'exige pas sa publication dans un bulletin national.

Article 4

Dans une société unipersonnelle, c'est à l'associé unique d'exercer les pouvoirs attribués à l'assemblée des associés. Ces pouvoirs n'ont pas encore été harmonisés au niveau communautaire. Il appartient donc aux États membres de déterminer les compétences réservées à l'ensemble des associés. Normalement, ces pouvoirs peuvent être délégués à d'autres personnes. Cependant, en ce qui concerne une société unipersonnelle, une telle délégation ne semble pas appropriée, ce qui explique son interdiction par la directive.

Jusqu'à présent, l'harmonisation n'a pas non plus porté sur la forme dans laquelle doivent être établies les décisions prises par l'assemblée générale des associés. Mais, pour la société unipersonnelle, à défaut de toute possibilité de contrôle par un autre associé, cette lacune doit être comblée. À cet effet, selon la directive, les décisions prises par l'associé unique en tant qu'assemblée des associés doivent être inscrites dans un procès-verbal. Par ailleurs, la directive s'abstient de préciser les effets du non-respect de la forme prescrite. C'est aux États membres de prévoir les sanctions qui leur semblent appropriées, comme la nullité ou la possibilité d'annuler des décisions prises par l'associé unique.

Article 5

Toute convention conclue entre une société uni- ou pluripersonnelle et un associé présente le risque d'un conflit d'intérêt, ce qui a amené tous les législateurs à légiférer dans ce domaine. Mais il est évident qu'un tel risque est plus grand dans le cas d'une société unipersonnelle. Pour celle-ci, de même qu'à propos des décisions prises par l'associé unique en tant qu'assemblée des associés, une certaine transparence s'impose également à l'égard des conventions en question. C'est pourquoi, selon la directive, ces conventions, elles aussi, doivent être établies par écrit.

Mais il y a des circonstances dans lesquelles les intérêts en cause semblent encore plus difficiles à démêler. C'est le cas où, lors de la conclusion d'un tel contrat, la société est représentée par l'associé unique en tant que gérant. Dans cette hypothèse, la directive exige l'autorisation de ce type de convention dans les statuts ou dans l'acte constitutif, documents accessibles à tout intéressé auprès du registre de la société, en vertu de la directive 68/151/CEE, du 9 mars 1968 (13).

(12) JO L 65 du 14.3.1968.

(13) JO L 65 du 14.3.1968.

Article 6

La directive doit tenir compte du fait que certains États membres permettent la société unipersonnelle non seulement pour la société à responsabilité limitée, mais aussi pour la société anonyme. Pour éviter que le degré de protection des intérêts des associés et des tiers soit différent à travers la Communauté, on doit imposer aux États membres dont la législation prévoit la société anonyme unipersonnelle de respecter les exigences de la présente directive.

Article 7

La directive tient compte du fait que certains États membres hésitent, pour des raisons théoriques, à accepter l'idée de la société d'une personne. Ces États peuvent organiser la limitation de la responsabilité de l'entrepreneur individuel par l'introduction d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, comme cela a déjà été fait par un État membre. Cependant, les États membres, choisissant cette voie doivent prévoir, à l'égard de ces entreprises, des garanties équivalentes à celles exigées par le droit communautaire -notamment par les directives concernant la publicité, les comptes annuels et les comptes consolidés- des sociétés à responsabilité limitée. Autrement, des conceptions théoriques différentes, qui, pratiquement, ont les mêmes résultats quant aux risques à courir respectivement par l'entrepreneur individuel et l'associé unique aboutiraient à travers la Communauté à un degré de protection différent d'intérêts semblables.

Proposition de douzième directive du Conseil en matière de droit des sociétés concernant les sociétés à responsabilité limitée à un seul associé (14)

Le Conseil des Communautés européennes,

vu le traité instituant la Communauté économique européenne, et notamment son article 54,

vu la proposition de la Commission, en coopération avec le Parlement européen, vu l'avis du Comité économique et social,

considérant qu'il est nécessaire de coordonner, en vue de les rendre équivalentes, certaines garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58, alinéa 2, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers ;

considérant que, dans ce domaine, d'une part, les directives 68/151/CEE, du 9 mars 1968 (15), 78/660/CEE, du 25 juillet 1978 (16), et 83/349/CEE, du 13 juin 1983 (17), du Conseil concernant la publicité, la validité des engagements et la nullité de la société ainsi que les comptes annuels et les comptes consolidés s'appliquent à l'ensemble des sociétés de capitaux et que, d'autre part, les directives 77/91/CEE, du 13 décembre 1976 (18), 78/855/CEE, du 9 octobre 1978 (19), et 82/891/CEE, du 17 décembre 1982 (20), du Conseil concernant la constitution et le capital ainsi que les fusions et les scissions ne s'appliquent qu'aux sociétés anonymes ;

(14) JO C 173 du 2.7.1988 et Bull. CE 3-1988, point 2.1.93.

(15) JO L 65 du 14.3.1968.

(16) JO L 222 du 14.8.1978.

(17) JO L 193 du 18.7.1983.

(18) JO L 26 du 30.1.1977.

(19) JO L 295 du 20.10.1978.

(20) JO L 378 du 31.12.1982.

considérant que le Conseil a approuvé, le 3 novembre 1986, le programme d'action pour les petites et moyennes entreprises (21) ; considérant que les réformes introduites au cours des dernières années dans certaines législations visant à permettre la société à responsabilité limitée à un seul associé ont créé des divergences entre les droits des États membres ; considérant qu'il est important de prévoir la création d'un instrument juridique permettant la limitation de la responsabilité de l'entrepreneur individuel à travers toute la Communauté ; considérant qu'une société à responsabilité limitée peut être unipersonnelle dès sa constitution ou par réunion de toutes ses parts en une seule main, que les participations au capital d'une société unipersonnelle doivent être nominatives et qu'il s'impose d'établir certaines limitations à l'égard des sociétés dont l'associé unique est une personne morale ; considérant qu'une réunion de toutes les parts en une seule main doit faire l'objet d'une publicité ; considérant qu'il est nécessaire d'établir par écrit les décisions prises par l'associé unique en tant qu'assemblée des associés ; considérant que la forme écrite doit également être exigée pour les conventions conclues entre l'associé unique et la société,
a arrêté la présente directive :

Article premier

Les mesures de coordination prescrites par la présente directive s'appliquent aux dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux formes de sociétés suivantes :

- pour la République fédérale d'Allemagne, *die Gesellschaft mit beschränkter Haftung* ;
- pour la Belgique, *la société privée à responsabilité limitée/de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid* ;
- pour le Danemark, *anpartsselskaber* ;
- pour l'Espagne, *la sociedad de responsabilidad limitada* ;
- pour la France, *la société à responsabilité limitée* ;
- pour la Grèce, *η εταιρία περιορισμενης ευθυνης* ;
- pour l'Irlande, *the private company limited by shares or by guarantee* ;
- pour l'Italie, *la società a responsabilità limitata* ;
- pour le Luxembourg, *la société à responsabilité limitée* ;
- pour les Pays-Bas, *de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid* ;
- pour le Portugal, *a sociedade por quotas* ;
- pour le Royaume-Uni, *the private company limited by shares or by guarantee*.

Article 2

1. La société peut avoir un associé unique, soit lors de sa constitution, soit par la réunion de toutes ses parts en une seule main (société unipersonnelle). Les participations au capital d'une société unipersonnelle sont nominatives.
2. Une société unipersonnelle dont l'associé unique est une personne morale ne peut être l'associé unique d'une autre société.
3. Lorsque l'associé unique est une personne morale, les États membres prévoient :
 - a) soit que la personne morale est indéfiniment responsable des obligations de la société nées durant toute la période où elle est l'associé unique. Toutefois, les États membres peuvent prévoir que, au cas où la personne morale est devenue l'associé

(21) JO C 287 du 14.11.1986 et Bull. CE 10-1986, point 1.3.1 ; Bull. CE 11-1986, point 2.1.22.

unique, suite à la réunion de toutes les parts en une seule main, cette responsabilité n'est encourue que si, dans un délai d'un an, elle n'a pas trouvé un autre associé ;
b) soit qu'un capital minimal est exigé pour la société unipersonnelle et que cette société ainsi que l'associé unique sont des sociétés qui, à la date de clôture du bilan, ne dépassent pas les limites chiffrées de deux des trois critères prévus à l'article 27 de la directive 78/660/CEE, du 25 juillet 1978 (22). Si l'une des sociétés dépasse ces limites et que la situation n'est pas régularisée dans l'année suivant la clôture du bilan, l'associé unique est indéfiniment responsable des obligations de la société unipersonnelle nées après cette clôture.

Article 3

Lorsque la société devient unipersonnelle par réunion de toutes ses parts en une seule main, l'indication de ce fait doit être versée au dossier ou transcrite au registre au sens de l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive 8/151/CEE, du 9 mars 1968 (23).

Article 4

1. L'associé unique exerce les pouvoirs attribués à l'assemblée des associés et ne peut les déléguer.
2. Les décisions de l'associé unique prises dans le domaine visé au paragraphe 1 sont inscrites sur un procès-verbal.

Article 5

1. Les conventions conclues entre l'associé unique et la société sont établies par écrit.
2. La possibilité d'une convention entre l'associé unique et la société représentée par celui-ci doit être prévue dans les statuts ou l'acte constitutif.

Article 6

Lorsqu'un État membre permet la société anonyme unipersonnelle, les dispositions de la présente directive s'appliquent.

Article 7

Un État membre peut ne pas appliquer les dispositions de la présente directive lorsque sa législation prévoit, en faveur des entrepreneurs individuels, la constitution d'une entreprise à responsabilité limitée à un patrimoine affecté à une activité déterminée, à condition que, à l'égard de ces entreprises, soient prévues des garanties équivalentes à celles imposées par le droit communautaire aux sociétés auxquelles la présente directive s'applique.

Article 8

1. Les États membres mettent en vigueur avant le 1er janvier 1990 les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive. Ils en informent la Commission.
2. Les États membres peuvent prévoir que, en ce qui concerne les sociétés déjà existantes au 1er janvier 1990, les dispositions de la présente directive ne s'appliquent pas avant le 1er janvier 1991.
3. Les États membres veillent à communiquer à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

Article 9

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

LOI N° 85-697 DU 11 JUILLET 1985

relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée

J.O. 12 juill., p. 7862 ; Rect., J.O. 13 juill., p. 7922 (24)

Art. 1er - L'article 1832 du code civil est ainsi rédigé :

"Art. 1832 - La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.

"Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne.

"Les associés s'engagent à contribuer aux pertes".

TITRE I DE L'ENTREPRISE UNIPERSONNELLE À RESPONSABILITÉ LIMITÉE

Art. 2 - Le début de l'article 34 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1965 sur les sociétés commerciales est ainsi rédigé :

"La société à responsabilité limitée est instituée par une ou plusieurs personnes qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports.

"Lorsque la société ne comporte qu'une seule personne, celle-ci est dénommée "associé unique". L'associé unique exerce les pouvoirs dévolus à l'assemblée des associés par les dispositions du présent chapitre.

"La société est désignée... (*Le reste sans changement*)."

Art. 3 - Après l'article 36 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 précitée, il est inséré des articles 36-1 et 36-2 ainsi rédigés :

Art. 36-1 - En cas de réunion en une seule main de toutes les parts d'une société à responsabilité limitée, les dispositions de l'article 1844-5 du code civil relatives à la dissolution judiciaire ne sont pas applicables.

"**Art. 36-2** - Une personne physique ne peut être associé unique que d'une seule société à responsabilité limitée. Une société à responsabilité limitée ne peut avoir pour associé unique une autre société à responsabilité limitée composée d'une seule personne.

(23) JO L 65 du 14.3.1968.

(24) TRAVAUX PRÉPARATOIRES - Assemblée nationale : Projet de loi n° 2577 ; Rapport de M. Gouzes, au nom de la commission des lois, n° 2598 ; Discussion et adoption le 11 avril 1985 - Sénat : Projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, n° 237 (1984-1985) ; Rapport de M. Arthuis, au nom de la commission des lois, n° 287 (1984-1985) ; Discussion les 22 et 23 mai 1985 ; Adoption le 23 mai 1985 - Assemblée nationale : Projet de loi, modifié par le Sénat, n° 2713 ; Rapport de M. Gouzes, au nom de la commission des lois, n° 2767 ; Discussion et adoption le 18 juin 1985 - Sénat : Projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, n° 392 (1984-1985) ; Rapport de M. Arthuis, au nom de la commission des lois, n° 398 (1984-1985) ; Discussion et adoption le 25 juin 1985 - Assemblée nationale : Projet de loi modifié par le Sénat en deuxième lecture, n° 2835 ; Rapport de M. Gouzes, au nom de la commission mixte paritaire, n° 2852 ; Discussion et adoption le 27 juin 1985 - Sénat : Rapport de M. Arthuis, au nom de la commission mixte paritaire, n° 435 (1984-1985) ; Discussion et adoption le 28 juin 1985.

"En cas de violation des dispositions de l'alinéa précédent, tout intéressé peut demander la dissolution des sociétés irrégulièrement constituées. Lorsque l'irrégularité résulte de la réunion en une seule main de toutes les parts d'une société ayant plus d'un associé, la demande de dissolution ne peut être faite moins d'un an après la réunion des parts. Dans tous les cas, le tribunal peut accorder un délai maximal de six mois pour régulariser la situation et ne peut prononcer la dissolution si, au jour où il statue sur le fond, la régularisation a eu lieu".

Art. 4 - Après le deuxième alinéa de l'article 40 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 précitée, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

"Lorsque la société est constituée par une seule personne, le commissaire aux apports est désigné par l'associé unique. Toutefois, le recours à un commissaire aux apports n'est pas obligatoire si les conditions prévues à l'alinéa précédent sont réunies".

Art. 5 - La première phrase du second alinéa de l'article 45 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 précitée est ainsi rédigée :

"Lorsque la société comporte plus d'un associé, le projet de cession est notifié à la société et à chacun des associés".

Art. 6 - Après le premier alinéa de l'article 50 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 précitée, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

"Toutefois, s'il n'existe pas de commissaire aux comptes, les conventions conclues par un gérant non associé sont soumises à l'approbation préalable de l'assemblée".

Art. 7 - Après l'article 50 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 précitée, il est inséré un article 50-1 ainsi rédigé :

Art. 50-1 - Les dispositions de l'article 50 ne sont pas applicables aux conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales".

Art. 8 - Après l'article 60 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 précitée, il est inséré un article 60-1 ainsi rédigé :

Art. 60-1 - Les trois premiers alinéas de l'article 56 et les articles 57 à 60 ne sont pas applicables aux sociétés ne comprenant qu'un seul associé.

"Dans ce cas, le rapport de gestion, l'inventaire et les comptes annuels sont établis par le gérant. L'associé unique approuve les comptes, le cas échéant après rapport des commissaires aux comptes, dans le délai de six mois à compter de la clôture de l'exercice.

"L'associé unique ne peut déléguer ses pouvoirs. Ses décisions, prises au lieu et place de l'assemblée, sont répertoriées dans un registre.

"Les décisions prises en violation des dispositions du présent article peuvent être annulées à la demande de tout intéressé".

Art. 9 - Dans le 1° de l'article 65 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 précitée, après les mots : "les gérants", sont insérés les mots : "l'associé unique".

Art. 10 - L'article 427 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 précitée est ainsi rédigé :

Art. 427 - Seront punis d'un emprisonnement de deux mois à six mois et d'une amende de 2.000 F. à 60.000 F. ou de l'une de ces deux peines seulement les gérants qui n'auront pas procédé à la réunion de l'assemblée des associés dans les six mois de la clôture de l'exercice ou, en cas de prolongation, dans le délai fixé

par décision de justice, ou qui n'auront pas soumis à l'approbation de ladite assemblée ou de l'associé unique les documents prévus au 1° de l'article 426.

TITRE II - DE L'EXPLOITATION AGRICOLE À RESPONSABILITÉ LIMITÉE

Art. 11 - Une ou plusieurs personnes physiques majeures peuvent instituer une société civile dénommée "exploitation agricole à responsabilité limitée", régie par les dispositions des chapitres Ier et II du titre IX du livre III du Code civil, à l'exception de l'article 1844-5. Les associés ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports.

Lorsque l'exploitation agricole à responsabilité limitée est constituée par une seule personne, celle-ci est dénommée "associé unique". L'associé unique exerce les pouvoirs dévolus à l'assemblée des associés.

Elle est désignée par une dénomination sociale à laquelle peut être incorporé le nom d'un ou plusieurs associés, et qui doit être précédée ou suivie immédiatement des mots "exploitation agricole à responsabilité limitée" ou des initiales E.A.R.L., et de l'énonciation du capital social.

Art. 12 - L'exploitation agricole à responsabilité limitée a pour objet l'exercice d'une activité agricole dans les conditions comparables à celles existant dans les exploitations de caractère familial. Elle ne peut réunir plus de dix associés.

La surface mise en valeur par une exploitation agricole à responsabilité limitée ne peut excéder un plafond fixé par décret.

Art. 13 - Le capital social de l'exploitation agricole à responsabilité limitée doit être de 50.000 F. au moins.

Sa réduction à un montant inférieur doit être suivie, dans un délai d'un an, d'une augmentation ayant pour effet de le porter au montant prévu à l'alinéa précédent, à moins que, dans le même délai, l'exploitation agricole à responsabilité limitée n'ait été transformée en société d'une autre forme. À défaut, tout intéressé peut demander en justice sa dissolution, après avoir mis les représentants de celle-ci en demeure de régulariser la situation. Le tribunal ne peut prononcer la dissolution lorsque cette cause de dissolution a cessé d'exister le jour où il statue sur le fond.

Les apports en numéraire et les apports en nature, qu'ils soient faits en pleine propriété ou en jouissance, concourent à la formation du capital social de l'exploitation agricole à responsabilité limitée qui peut être un capital variable. Ils donnent lieu à l'attribution de parts sociales.

Les statuts doivent contenir l'évaluation de chaque apport en nature. Il y est procédé au vu d'un rapport annexé aux statuts et établi, sous sa responsabilité, par un commissaire aux apports désigné à l'unanimité des futurs associés ou, à défaut, par une décision de justice à la demande du futur associé le plus diligent.

Toutefois, les futurs associés peuvent décider à l'unanimité que le recours à un commissaire aux apports ne sera pas obligatoire lorsque la valeur d'aucun apport en nature n'excède 50.000 F. et si la valeur totale de l'ensemble des apports en nature non soumis à l'évaluation d'un commissaire aux apports n'excède pas la moitié du capital.

Lorsque la société est constituée par une seule personne, le commissaire aux apports est désigné par l'associé unique. Toutefois, le recours à un commissaire aux apports n'est pas obligatoire si les conditions prévues à l'alinéa précédent sont réunies.

Les associés solidairement, ou l'associé unique, sont responsables pendant cinq ans, à l'égard des tiers, de la valeur attribuée aux apports en nature

lors de la constitution ou de l'augmentation du capital social de l'exploitation agricole à responsabilité limitée.

La rémunération que perçoivent les associés du fait de leur participation effective aux travaux constitue une charge sociale dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État.

Art. 14 - Les associés qui participent effectivement, au sens de l'article L 411-59 du code rural, à l'exploitation sont dénommés "associés exploitants".

Les associés exploitants doivent détenir ensemble plus de 50 % des parts représentatives du capital. Ils peuvent seuls faire apport à l'exploitation agricole à responsabilité limitée des immeubles dont ils sont propriétaires.

Les associés choisissent parmi les associés exploitants, titulaires de parts sociales représentatives du capital, un ou plusieurs gérants.

Le non-respect en cours de vie sociale de l'une des conditions ci-dessus n'entraîne pas la dissolution de plein droit de l'exploitation agricole à responsabilité limitée. Tout intéressé peut demander en justice la dissolution si la situation n'a pas été régularisée dans le délai d'un an. Faute d'associé exploitant, l'exploitation agricole à responsabilité limitée peut être gérée durant cette période par une personne physique désignée par les associés ou, à défaut, par le tribunal à la demande de tout intéressé.

Le tribunal ne peut prononcer la dissolution si cette régularisation a eu lieu le jour où il statue sur le fond.

Art. 15 - Les associés disposent de droits de vote, dans les assemblées, proportionnels au nombre de parts sociales qu'ils détiennent. Toutefois, les statuts peuvent prévoir que les associés exploitants se répartissent d'une façon égalitaire les droits de vote qu'ils détiennent ensemble.

Art. 16 - L'article L. 411-37 du code rural relatif à l'adhésion des preneurs à ferme à des sociétés d'exploitation agricoles est applicable à l'exploitation agricole à responsabilité limitée, à l'exception des cinq dernières phrases du troisième alinéa.

Art. 17 - La présente loi est applicable dans les territoires d'outre-mer et la collectivité territoriale de Mayotte.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'État.

Établissements dangereux, incommodes ou insalubres, Installations classées, Régime, Sanctions. - Environnement, Protection, Installations classées, Régime, Sanctions. - Monuments historiques et sites, Protection, Installations classées, Régime. - Vins, Appellations d'origine contrôlées, Aires de production, Installations classées, Établissement, Conditions (art. 9). - Secret professionnel, Installations classées, Inspection et expertise (art. 13). - Atteintes à la surêté de l'État, Installations classées, Inspection et expertise, Sanctions encourues (art. 13). - Compétence Administrative, Installations classées, Décisions diverses (art. 11). - Construction - Urbanisme. Permis de construire, Installations classées, Servitudes, Mention (art. 14). - Ventes, Ventes immobilières, Acte de vente, Installations classées, Servitudes Mention (art. 14). - Taxes, Installations classées, Taxe unique, Redevance annuelle (art. 17). - Contrat de travail, Salaire, Paiement, Installations classées, fonctionnement, Suspension administrative (art. 25).

LOI N° 76-663 DU 19 JUILLET 1976

Relative aux installations classées pour la protection de l'environnement (J.O. 20 juill., p. 4320) (25).

TITRE Ier - *Dispositions générales*

Art. 1er - Sont soumis aux dispositions de la présente loi les usines, ateliers, dépôts, chantiers, carrières et d'une manière générale les installations exploitées ou détenues par toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature et de l'environnement, soit pour la conservation des sites et des monuments.

Art. 2. - Les installations visées à l'article 1er sont définies dans la nomenclature des installations classées établie par décret en Conseil d'État, pris sur le rapport du ministre chargé des installations classées, après avis du conseil supérieur des installations classées. Ce décret soumet les installations à

(25) Loi n° 76-663 - Travaux Préparatoires. *Sénat* : Projet de loi n° 295 (1974-1975) ; Rapport de M. Jean Legaret, au nom de la commission des affaires culturelles, n° 364 (1974-1975) ; Avis de la commission des Finances n° 363 (1974-1975) ; Discussion et adoption le 11 juin 1975. - *Assemblée nationale* : Projet de Loi ; adopté par le Sénat (n° 1753), Proposition de loi (n° 392) ; Rapport de M. Charles Bignon, au nom de la commission des lois (n° 2143) ; Discussion et adoption le 15 avril 1976. - *Sénat* : Projet de Loi, modifié par l'Assemblée nationale, n° 251 (1975-1976) ; Rapport de M. Pierre Vallon, au nom de la commission des affaires culturelles, n° 274 (1975-1976) ; Discussion et adoption le 5 mai 1976. - *Assemblée nationale* : Projet de loi, adopté avec modifications par le Sénat (n° 2771) Rapport de M. Charles Bignon, au nom de la commission des lois (n° 2420) ; discussion et adoption le 25 juin 1976. - *Sénat* : Projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, n° 384 (1975-1976) Rapport de M. Pierre Vallon, au nom de la commission des affaires culturelles, n° 394 (1975-1976) ; Discussion et adoption le 29 juin 1976. - *Assemblée nationale* : Projet de loi, adopté avec modification par le Sénat (n° 2439) ; Rapport de M. Charles Bignon, au nom de la commission des lois (n° 2469), Discussion et adoption le 30 juin 1976.

autorisation ou à déclaration suivant la gravité des dangers ou des inconvénients que peut présenter leur exploitation.

Art. 3. - Sont soumises à autorisation préfectorale les installations qui présentent de graves dangers ou inconvénients pour les intérêts visés à l'article 1er.

L'autorisation ne peut être accordée que si ces dangers ou inconvénients peuvent être prévenus par des mesures que spécifie l'arrêté préfectoral.

La délivrance de l'autorisation, pour ces installations, peut être subordonnée notamment à leur éloignement des habitations, immeubles habituellement occupés par des tiers, établissements recevant du public, cours d'eau, voies de communication, captages d'eau, ou des zones destinées à l'habitation par des documents d'urbanisme opposables aux tiers.

Sont soumises à déclaration les installations qui, ne présentant pas de tels dangers ou inconvénients, doivent néanmoins respecter les prescriptions générales édictées par le préfet en vue d'assurer dans le département la protection des intérêts visés à l'article 1er.

Art. 4. - L'exploitant est tenu d'adresser sa demande d'autorisation ou sa déclaration en même temps que sa demande de permis de construire.

Il doit renouveler sa demande d'autorisation ou sa déclaration soit en cas de transfert, soit en cas d'extension ou de transformation de ses installations, ou de changement dans ses procédés de fabrication, entraînant des dangers ou inconvénients mentionnés à l'article 1er.

TITRE II -

Dispositions applicables aux installations soumises à autorisation

Art 5. - L'autorisation prévue à l'article 3 est accordée par le préfet, après enquête publique relative aux incidences éventuelles du projet sur les intérêts mentionnés à l'article 1er et après avis des conseils municipaux intéressés ainsi que du conseil départemental d'hygiène. Elle est accordée par le ministre chargé des installations classées après avis du conseil supérieur des installations classées, dans le cas où les risques peuvent concerner plusieurs départements ou régions.

Un décret en Conseil d'État détermine les conditions l'application de l'alinéa précédent. Il fixe, en outre, les conditions dans lesquelles il devra être procédé à une consultation des conseils généraux ou régionaux et les formes de cette consultation.

Art. 6. - Les conditions d'installation et d'exploitation jugées indispensables pour la protection des intérêts mentionnés à l'article 1er de la présente loi, les moyens d'analyse et de mesure et les moyens d'intervention en cas de sinistre sont fixés par l'arrêté d'autorisation et éventuellement, par des arrêtés complémentaires pris postérieurement à cette autorisation.

Art. 7. - Pour la protection des intérêts mentionnés à l'article 1er ci-dessus, le ministre chargé des installations classées peut fixer par arrêté, après consultation des ministres intéressés et du conseil supérieur des installations classées, des règles techniques visant certaines catégories d'installations soumises aux dispositions de la présente loi. Ces arrêtés s'imposent de plein droit aux installations nouvelles. Ils précisent, après avis des organisations professionnelles intéressées, les délais et les conditions dans lesquels ils s'appliquent aux installations existantes.

Ils fixent également les conditions dans lesquelles certaines de ces règles peuvent être adaptées aux circonstances locales par l'arrêté préfectoral d'autorisation.

Art. 8. - Les autorisations sont accordées sous réserve des droits des tiers.

Art. 9. - Dans les communes comportant une aire de production de vins d'appellation d'origine, l'avis du ministre de l'agriculture doit être demandé en vue de l'autorisation prévue au premier alinéa de l'article 4 ci-dessus. Cet avis est donné après consultation, le cas échéant, de l'institut national des appellations d'origine.

Le ministre de l'agriculture est en outre consulté, sur sa demande, lorsqu'un établissement soumis à l'autorisation visée ci-dessus doit être ouvert dans une commune limitrophe d'une commune comportant une aire de production de vins d'appellation d'origine.

Le ministre de l'agriculture dispose d'un délai de trois mois pour donner son avis. Ce délai court à partir de la date à laquelle il a été saisi par le préfet du dossier auquel est joint son avis.

TITRE III -

Dispositions applicables aux installations soumises à déclaration

Art. 10. - Les prescriptions générales prévues à l'article 3, dernier alinéa, sont édictées par arrêtés préfectoraux, pris après avis du conseil départemental d'hygiène. Elles s'appliquent automatiquement à toute installation nouvelle ou soumise à nouvelle déclaration.

Les modifications ultérieures de ces prescriptions générales peuvent être rendues applicables aux installations existantes selon les modalités et selon les délais prévus dans l'arrêté préfectoral qui fixe également les conditions dans lesquelles les prescriptions générales peuvent être adaptées aux circonstances locales.

Les établissements soumis à déclaration sous le régime de la loi du 19 décembre 1917 et ayant obtenu, en vertu de l'article 19, alinéa 1er ou 4 de ladite loi, la suppression ou l'atténuation d'une ou plusieurs prescriptions résultant d'arrêtés préfectoraux, conservent le bénéfice de ces dérogations. Il peut toutefois y être mis fin par arrêté préfectoral pris après avis du conseil départemental d'hygiène, selon les modalités et dans le délai fixés par ledit arrêté.

Art. 11. - Si les intérêts mentionnés à l'article 1er de la présente loi ne sont pas garantis par l'exécution des prescriptions générales contre les inconvénients inhérents à l'exploitation d'une installation soumise à déclaration, le préfet, éventuellement à la demande des tiers intéressés et après avis du conseil départemental d'hygiène, peut imposer, par arrêté, toutes prescriptions spéciales nécessaires.

Art 12. - Les installations qui, soumises à déclaration en vertu de la présente loi, bénéficiaient d'une autorisation régulière avant la date d'entrée en vigueur de la loi du 19 décembre 1917, sont dispensées de toute déclaration ; elles sont soumises aux dispositions des articles 10 et 11.

TITRE IV -

Dispositions applicables à toutes les installations classées

Art. 13. - Les personnes chargées de l'inspection des installations classées ou d'expertises sont assermentées et astreintes au secret professionnel dans les conditions et sous les sanctions prévues à l'article 378 du code pénal et, éventuellement, aux articles 70 et suivants du même code.

Elles peuvent visiter à tout moment les installations soumises à leur surveillance.

Art. 14. - Les décisions prises en application des articles 3, 6, 11, 12, 16, 23, 24 et 26 de la présente loi peuvent être déferées à la juridiction administrative :

1° Par les demandeurs ou exploitants, dans un délai de deux mois qui commence à courir du jour où lesdits actes leur ont été notifiés ;

2° Par les tiers, personnes physiques ou morales, les communes intéressées ou leurs groupements, en raison des inconvénients ou des dangers que le fonctionnement de l'installation présente pour les intérêts visés à l'article 1er, dans un délai de quatre ans à compter de la publication ou de l'affichage desdits actes, ce délai étant, le cas échéant, prolongé jusqu'à la fin d'une période de deux années suivant la mise en activité de l'installation.

Les tiers qui n'ont acquis ou pris à bail des immeubles ou n'ont élevé des constructions dans le voisinage d'une installation classée que postérieurement à l'affichage ou à la publication de l'arrêté autorisant l'ouverture de cette installation ou atténuant les prescriptions primitives ne sont pas recevables à déférer ledit arrêté à la juridiction administrative.

Le permis de construire et l'acte de vente, à des tiers, de biens fonciers et immobiliers doivent, le cas échéant, mentionner explicitement les servitudes afférentes instituées en application de l'article L. 121-7 nouveau du code de l'urbanisme.

Art. 16. - Un décret en Conseil d'État, pris après avis du conseil supérieur des installations classées, peut ordonner la suppression de toute installation figurant ou non à la nomenclature qui présente, pour les intérêts mentionnés à l'article 1er, des dangers ou inconvénients tels que les mesures prévues par la présente loi ne puissent les faire disparaître .

Art. 16 - Les installations existantes soumises aux dispositions de la présente loi et qui, avant l'entrée en vigueur de celle-ci, n'entraient pas dans le champ d'application de la loi modifiée du 19 décembre 1917 relative aux établissements dangereux, insalubres ou incommodes peuvent continuer à fonctionner sans l'autorisation ou la déclaration prévue à l'article 4 ci-dessus. Toutefois, avant une date fixée par décret et dans un délai qui ne pourra excéder deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, l'exploitant doit se faire connaître au préfet, qui peut lui imposer les mesures propres à sauvegarder les intérêts mentionnés à l'article 1er ci-dessus .

TITRE V -

Dispositions financières

Art. 17. - I. - Les établissements industriels et commerciaux et les établissements publics à caractère industriel ou commercial, dont certaines installations sont classées, sont assujettis à une taxe unique perçue lors de toute autorisation ou déclaration au titre de la présente loi.

En outre, une redevance annuelle est perçue sur ceux desdits établissements qui, en raison de la nature ou du volume de leurs activités, font

courir des risques particuliers à l'environnement et requièrent de ce fait des contrôles approfondis et périodiques.

II. - Les taux de la taxe unique sont fixés comme suit :

3.000 F pour les établissements dont une installation au moins est soumise à autorisation ;

1000 F pour les établissements dont une installation au moins est soumise à déclaration.

Toutefois, ces taux sont réduits à 750 F et 250 F pour les artisans n'employant pas plus de deux salariés et à 1950 F et 650 F pour les autres entreprises inscrites au répertoire des métiers.

Une pénalité dont le taux est fixé au double du montant de la taxe est appliquée à l'exploitant qui, en vue de la détermination du taux de la taxe et de sa mise en recouvrement, ne donne pas les renseignements demandés ou fournit des informations inexactes.

Le montant de la taxe est majoré de 10 % lorsque le paiement des sommes correspondantes n'est pas effectué dans les délais prescrits.

III. - Les établissements visés au deuxième alinéa du paragraphe I ci-dessus sont ceux dans lesquels sont exercées une ou plusieurs des activités figurant sur une liste établie par décret en Conseil d'État, après avis du conseil supérieur des installations classées.

Le taux de base de ladite redevance est fixé à 500 F.

Le décret prévu ci-dessus fixe, pour chacune des activités retenues en fonction de sa nature et de son importance, un coefficient multiplicateur compris entre 1 et 6. Le montant de la redevance effectivement perçue par établissement au titre de chacune de ces activités est égal au produit du taux de base et du coefficient multiplicateur.

Les entreprises inscrites au répertoire des métiers sont exonérées de ladite redevance.

Les majorations et pénalités prévues aux quatrième et cinquième alinéas du paragraphe II ci-dessus s'appliquent à la redevance.

Le recouvrement de la taxe unique et de la redevance est poursuivi comme en matière de contributions directes.

TITRE VI - *Sanctions pénales*

Art. 18. - Quiconque exploite une installation sans l'autorisation requise sera puni d'une amende de 2 000 à 20 000 F.

En cas de récidive, il sera prononcé une peine d'emprisonnement de deux à six mois et une amende de 20 000 F à 500 000 F ou l'une de ces deux peines.

Art. 19. - En cas de condamnation à une peine de police pour infraction aux dispositions des arrêtés préfectoraux ou ministériels prévus par la présente loi ou par les règlements pris pour son application, le jugement fixe, s'il y a lieu et, le cas échéant, sous astreinte, le délai dans lequel devront être respectées les dispositions auxquelles il a été contrevenu. En cas de non-exécution dans le délai prescrit, une amende de 5 000 F à 500 000 F peut être prononcée.

Le tribunal peut prononcer l'interdiction d'utiliser les installations jusqu'à l'achèvement des travaux. Il peut en outre ordonner que ces derniers soient exécutés d'office aux frais du condamné.

Art. 20. - Quiconque fait fonctionner une installation en infraction à une mesure de fermeture ou de suspension de fonctionnement prise en application de la présente loi, ou à une mesure d'interdiction prononcée en vertu de l'article

précédent, sera puni d'une peine d'emprisonnement de deux mois à six mois et d'une amende de 5 000 F à 500 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement.

Art. 21. - Quiconque met obstacle à l'exercice des fonctions des personnes chargées de l'inspection ou de l'expertise des installations classées sera puni d'une peine d'emprisonnement de dix jours à trois mois et d'une peine d'amende de 2 000 F à 50 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement.

Art. 22. - Les infractions sont constatées par les procès-verbaux des officiers de police judiciaire et des inspecteurs des installations classées. Ces procès-verbaux sont dressés en double exemplaire dont l'un est adressé au préfet et l'autre au procureur de la République. Ils font foi jusqu'à preuve contraire.

TITRE VII - *Sanctions administratives*

Art. 23. - Indépendamment des poursuites pénales qui peuvent être exercées et lorsqu'un inspecteur des installations classées ou un expert désigné par le ministre chargé des installations classées a constaté l'inobservation des conditions imposées à l'exploitant d'une installation classée, le préfet met en demeure ce dernier de satisfaire à ces conditions dans un délai déterminé.

Si, à l'expiration du délai fixé pour l'exécution, l'exploitant n'a pas obtempéré à cette injonction, le préfet peut :

- Soit faire procéder d'office, aux frais de l'exploitant, à l'exécution des mesures prescrites ;
- Soit obliger l'exploitant à consigner entre les mains d'un comptable public une somme répondant du montant des travaux à réaliser, laquelle sera restituée à l'exploitant au fur et à mesure de l'exécution des travaux ; il est, le cas échéant, procédé au recouvrement de cette somme comme en matière de créances étrangères à l'impôt et aux domaines ;
- Soit suspendre par arrêté, après avis du conseil départemental d'hygiène, le fonctionnement de l'installation, jusqu'à exécution des conditions imposées.

Art. 24. - Lorsqu'une installation classée est exploitée sans avoir fait l'objet de la déclaration ou de l'autorisation requise par la présente loi, le préfet met l'exploitant en demeure de régulariser sa situation dans un délai déterminé en déposant suivant le cas une déclaration ou une demande d'autorisation. Il peut, par arrêté motivé, suspendre l'exploitation de l'installation jusqu'au dépôt de la déclaration ou jusqu'à la décision relative à la demande d'autorisation.

Si l'exploitant ne défère pas à la mise en demeure de régulariser sa situation ou si sa demande d'autorisation est rejetée, le préfet peut, en cas de nécessité, ordonner la fermeture ou la suppression de l'installation. Si l'exploitant n'a pas obtempéré dans le délai fixé, le préfet peut faire application des procédures prévues à l'article 23 (3° et 4° alinéas).

Le préfet peut faire procéder, par un agent de la force publique, à l'apposition des scellés sur une installation qui est maintenue en fonctionnement soit en infraction à une mesure de suppression, de fermeture ou de suspension prise en application de l'article 15, de l'article 23 ou des deux premiers alinéas du présent article, soit en dépit d'un arrêté de refus d'autorisation.

Art. 25. - Pendant la durée de la suspension de fonctionnement prononcée en application de l'article 23 ou de l'article 21 ci-dessus l'exploitant est tenu d'assurer à son personnel le paiement des salaires, indemnités et rémunérations de toute nature auxquels il avait droit jusqu'alors.

TITRE VIII -
Dispositions diverses

Art. 26. - Lorsque l'exploitation d'une installation non comprise dans la nomenclature des installations classées présente des dangers ou des inconvénients graves pour les intérêts mentionnés à l'article 1er de la présente loi, le préfet, après avis -sauf cas d'urgence- du maire et du conseil départemental d'hygiène, met l'exploitant en demeure de prendre les mesures nécessaires pour faire disparaître les dangers ou les inconvénients dûment constatés. Faute par l'exploitant de se conformer à cette injonction dans le délai imparti, il peut être fait application des mesures prévues à l'article 23 ci-dessus.

Art. 27. - En ce qui concerne les installations appartenant aux services et organismes dépendant de l'État qui seront inscrites sur une liste établie par décret, les pouvoirs attribués au préfet par la présente loi seront exercés soit par le ministre chargé des établissements classés, soit par le ministre chargé de la défense pour les installations qui relèvent de son département.

Les pénalités prévues au titre VI sont applicables aux justiciables des juridictions militaires des forces armées conformément au code de justice militaire et notamment en ses articles 2, 56 et 100.

Art. 28. - Les modalités d'application de la présente loi seront fixées par décrets en Conseil d'État.

Ces décrets détermineront en outre :

1° Pour les installations visées à l'article 27 ci-dessus, les procédures d'enquête et d'autorisation ainsi que les conditions de surveillance et de contrôle ;

2° Pour les autres services de l'État, ainsi que pour les collectivités locales et les établissements publics à caractère administratif :

a) Les conditions d'application des mesures prévues aux articles 19, 23, 24, 25 et 26 ;

b) Les personnes qui seront regardées comme pénalement responsables des infractions commises.

Art. 29. - Les dispositions de la présente loi entrent en vigueur le 1er janvier 1977. À cette date, sont abrogés la loi modifiée du 19 décembre 1917 relative aux établissements dangereux, insalubres ou incommodes, le décret-loi validé du 1er avril 1939 instaurant une procédure d'urgence pour l'instruction des demandes de construction de dépôts d'hydrocarbures, et les dispositions applicables aux installations soumises à la présente loi et qui lui sont contraires.

La référence à la présente loi est substituée à la référence à la loi du 19 décembre 1917 dans tous les textes contenant une telle disposition.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'État.

Établissements dangereux, incommodes ou insalubres, Installations classées, Régime, Sanctions. - Environnement, Protection, Installations classées, Régime, Sanctions. - Monuments historiques et sites, Protection, Installations classées, Régime. - Vins, Appellations d'origine contrôlées, Aires de production, Installations classées, Établissement, Conditions (art. 9). - Secret professionnel, Installations classées, Inspection et expertise (art. 13). - Atteintes à la surêté de l'État, Installations classées, Inspection et expertise, Sanctions encourues (art. 13). - Compétence Administrative, Installations classées, Décisions diverses (art. 11). - Construction - Urbanisme. Permis de construire, Installations classées, Servitudes, Mention (art. 14). - Ventes, Ventes immobilières, Acte de vente, Installations classées, Servitudes Mention (art. 14). - Taxes, Installations classées, Taxe unique, Redevance annuelle (art. 17). - Contrat de travail, Salaire, Paiement, Installations classées, fonctionnement, Suspension administrative (art. 25).

LOI N° 76-663 DU 19 JUILLET 1976

Relative aux installations classées pour la protection de l'environnement (J.O. 20 juill., p. 4320) (26).

TITRE Ier - Dispositions générales

Art. 1er - Sont soumis aux dispositions de la présente loi les usines, ateliers, dépôts, chantiers, carrières et d'une manière générale les installations exploitées ou détenues par toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature et de l'environnement, soit pour la conservation des sites et des monuments.

Art. 2. - Les installations visées à l'article 1er sont définies dans la nomenclature des installations classées établie par décret en Conseil d'État, pris

(26) Loi n° 76-663 - Travaux Préparatoires. *Sénat* : Projet de loi n° 295 (1974-1975) ; Rapport de M. Jean Legaret, au nom de la commission des affaires culturelles, n° 364 (1974-1975) ; Avis de la commission des Finances n° 363 (1974-1975) ; Discussion et adoption le 11 juin 1975. - *Assemblée nationale* : Projet de Loi ; adopté par le Sénat (n° 1753), Proposition de loi (n° 392) ; Rapport de M. Charles Bignon, au nom de la commission des lois (n° 2143) ; Discussion et adoption le 15 avril 1976. - *Sénat* : Projet de Loi, modifié par l'Assemblée nationale, n° 251 (1975-1976) ; Rapport de M. Pierre Vallon, au nom de la commission des affaires culturelles, n° 274 (1975-1976) ; Discussion et adoption le 5 mai 1976. - *Assemblée nationale* : Projet de loi, adopté avec modifications par le Sénat (n° 2771) Rapport de M. Charles Bignon, au nom de la commission des lois (n° 2420) ; discussion et adoption le 25 juin 1976. - *Sénat* : Projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, n° 384 (1975-1976) Rapport de M. Pierre Vallon, au nom de la commission des affaires culturelles, n° 394 (1975-1976) ; Discussion et adoption le 29 juin 1976. - *Assemblée nationale* : Projet de loi, adopté avec modification par le Sénat (n° 2439) ; Rapport de M. Charles Bignon, au nom de la commission des lois (n° 2469), Discussion et adoption le 30 juin 1976.

sur le rapport du ministre chargé des installations classées, après avis du conseil supérieur des installations classées. Ce décret soumet les installations à autorisation ou à déclaration suivant la gravité des dangers ou des inconvénients que peut présenter leur exploitation.

Art. 3. - Sont soumises à autorisation préfectorale les installations qui présentent de graves dangers ou inconvénients pour les intérêts visés à l'article 1er.

L'autorisation ne peut être accordée que si ces dangers ou inconvénients peuvent être prévenus par des mesures que spécifie l'arrêté préfectoral.

La délivrance de l'autorisation, pour ces installations, peut être subordonnée notamment à leur éloignement des habitations, immeubles habituellement occupés par des tiers, établissements recevant du public, cours d'eau, voies de communication, captages d'eau, ou des zones destinées à l'habitation par des documents d'urbanisme opposables aux tiers.

Sont soumises à déclaration les installations qui, ne présentant pas de tels dangers ou inconvénients, doivent néanmoins respecter les prescriptions générales édictées par le préfet en vue d'assurer dans le département la protection des intérêts visés à l'article 1er.

Art. 4. - L'exploitant est tenu d'adresser sa demande d'autorisation ou sa déclaration en même temps que sa demande de permis de construire.

Il doit renouveler sa demande d'autorisation ou sa déclaration soit en cas de transfert, soit en cas d'extension ou de transformation de ses installations, ou de changement dans ses procédés de fabrication, entraînant des dangers ou inconvénients mentionnés à l'article 1er.

TITRE II -

Dispositions applicables aux installations soumises à autorisation

Art 5. - L'autorisation prévue à l'article 3 est accordée par le préfet, après enquête publique relative aux incidences éventuelles du projet sur les intérêts mentionnés à l'article 1er et après avis des conseils municipaux intéressés ainsi que du conseil départemental d'hygiène. Elle est accordée par le ministre chargé des installations classées après avis du conseil supérieur des installations classées, dans le cas où les risques peuvent concerner plusieurs départements ou régions.

Un décret en Conseil d'État détermine les conditions l'application de l'alinéa précédent. Il fixe, en outre, les conditions dans lesquelles il devra être procédé à une consultation des conseils généraux ou régionaux et les formes de cette consultation.

Art. 6. - Les conditions d'installation et d'exploitation jugées indispensables pour la protection des intérêts mentionnés à l'article 1er de la présente loi, les moyens d'analyse et de mesure et les moyens d'intervention en cas de sinistre sont fixés par l'arrêté d'autorisation et éventuellement, par des arrêtés complémentaires pris postérieurement à cette autorisation.

Art. 7. - Pour la protection des intérêts mentionnés à l'article 1er ci-dessus, le ministre chargé des installations classées peut fixer par arrêté, après consultation des ministres intéressés et du conseil supérieur des installations classées, des règles techniques visant certaines catégories d'installations soumises aux dispositions de la présente loi. Ces arrêtés s'imposent de plein droit aux installations nouvelles. Ils précisent, après avis des organisations

professionnelles intéressées, les délais et les conditions dans lesquels ils s'appliquent aux installations existantes.

Ils fixent également les conditions dans lesquelles certaines de ces règles peuvent être adaptées aux circonstances locales par l'arrêté préfectoral d'autorisation.

Art. 8. - Les autorisations sont accordées sous réserve des droits des tiers.

Art. 9. - Dans les communes comportant une aire de production de vins d'appellation d'origine, l'avis du ministre de l'agriculture doit être demandé en vue de l'autorisation prévue au premier alinéa de l'article 4 ci-dessus. Cet avis est donné après consultation, le cas échéant, de l'institut national des appellations d'origine.

Le ministre de l'agriculture est en outre consulté, sur sa demande, lorsqu'un établissement soumis à l'autorisation visée ci-dessus doit être ouvert dans une commune limitrophe d'une commune comportant une aire de production de vins d'appellation d'origine.

Le ministre de l'agriculture dispose d'un délai de trois mois pour donner son avis. Ce délai court à partir de la date à laquelle il a été saisi par le préfet du dossier auquel est joint son avis.

TITRE III -

Dispositions applicables aux installations soumises à déclaration

Art. 10. - Les prescriptions générales prévues à l'article 3, dernier alinéa, sont édictées par arrêtés préfectoraux, pris après avis du conseil départemental d'hygiène. Elles s'appliquent automatiquement à toute installation nouvelle ou soumise à nouvelle déclaration.

Les modifications ultérieures de ces prescriptions générales peuvent être rendues applicables aux installations existantes selon les modalités et selon les délais prévus dans l'arrêté préfectoral qui fixe également les conditions dans lesquelles les prescriptions générales peuvent être adaptées aux circonstances locales.

Les établissements soumis à déclaration sous le régime de la loi du 19 décembre 1917 et ayant obtenu, en vertu de l'article 19, alinéa 1er ou 4 de ladite loi, la suppression ou l'atténuation d'une ou plusieurs prescriptions résultant d'arrêtés préfectoraux, conservent le bénéfice de ces dérogations. Il peut toutefois y être mis fin par arrêté préfectoral pris après avis du conseil départemental d'hygiène, selon les modalités et dans le délai fixés par ledit arrêté.

Art. 11. - Si les intérêts mentionnés à l'article 1er de la présente loi ne sont pas garantis par l'exécution des prescriptions générales contre les inconvénients inhérents à l'exploitation d'une installation soumise à déclaration, le préfet, éventuellement à la demande des tiers intéressés et après avis du conseil départemental d'hygiène, peut imposer, par arrêté, toutes prescriptions spéciales nécessaires.

Art 12. - Les installations qui, soumises a déclaration en vertu de la présente loi, bénéficiaient d'une autorisation régulière avant la date d'entrée en vigueur de la loi du 19 décembre 1917, sont dispensées de toute déclaration ; elles sont soumises aux dispositions des articles 10 et 11.

TITRE IV -***Dispositions applicables à toutes les installations classées***

Art. 13. - Les personnes chargées de l'inspection des installations classées ou d'expertises sont assermentées et astreintes au secret professionnel dans les conditions et sous les sanctions prévues à l'article 378 du code pénal et, éventuellement, aux articles 70 et suivants du même code.

Elles peuvent visiter à tout moment les installations soumises à leur surveillance.

Art. 14. - Les décisions prises en application des articles 3, 6, 11, 12, 16, 23, 24 et 26 de la présente loi peuvent être déferées à la juridiction administrative :

1° Par les demandeurs ou exploitants, dans un délai de deux mois qui commence à courir du jour où lesdits actes leur ont été notifiés ;

2° Par les tiers, personnes physiques ou morales, les communes intéressées ou leurs groupements, en raison des inconvénients ou des dangers que le fonctionnement de l'installation présente pour les intérêts visés à l'article 1er, dans un délai de quatre ans à compter de la publication ou de l'affichage desdits actes, ce délai étant, le cas échéant, prolongé jusqu'à la fin d'une période de deux années suivant la mise en activité de l'installation.

Les tiers qui n'ont acquis ou pris à bail des immeubles ou n'ont élevé des constructions dans le voisinage d'une installation classée que postérieurement à l'affichage ou à la publication de l'arrêté autorisant l'ouverture de cette installation ou atténuant les prescriptions primitives ne sont pas recevables à déférer ledit arrêté à la juridiction administrative.

Le permis de construire et l'acte de vente, à des tiers, de biens fonciers et immobiliers doivent, le cas échéant, mentionner explicitement les servitudes afférentes instituées en application de l'article L. 121-7 nouveau du code de l'urbanisme.

Art. 16. - Un décret en Conseil d'État, pris après avis du conseil supérieur des installations classées, peut ordonner la suppression de toute installation figurant ou non à la nomenclature qui présente, pour les intérêts mentionnés à l'article 1er, des dangers ou inconvénients tels que les mesures prévues par la présente loi ne puissent les faire disparaître .

Art. 16 - Les installations existantes soumises aux dispositions de la présente loi et qui, avant l'entrée en vigueur de celle-ci, n'entraient pas dans le champ d'application de la loi modifiée du 19 décembre 1917 relative aux établissements dangereux, insalubres ou incommodes peuvent continuer à fonctionner sans l'autorisation ou la déclaration prévue à l'article 4 ci-dessus. Toutefois, avant une date fixée par décret et dans un délai qui ne pourra excéder deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, l'exploitant doit se faire connaître au préfet, qui peut lui imposer les mesures propres à sauvegarder les intérêts mentionnés à l'article 1er ci-dessus .

TITRE V -***Dispositions financières***

Art. 17. - I. - Les établissements industriels et commerciaux et les établissements publics à caractère industriel ou commercial, dont certaines installations sont classées, sont assujettis à une taxe unique perçue lors de toute autorisation ou déclaration au titre de la présente loi.

En outre, une redevance annuelle est perçue sur ceux desdits établissements qui, en raison de la nature ou du volume de leurs activités, font

courir des risques particuliers à l'environnement et requièrent de ce fait des contrôles approfondis et périodiques.

II. - Les taux de la taxe unique sont fixés comme suit :

3.000 F pour les établissements dont une installation au moins est soumise à autorisation ;

1000 F pour les établissements dont une installation au moins est soumise à déclaration.

Toutefois, ces taux sont réduits à 750 F et 250 F pour les artisans n'employant pas plus de deux salariés et à 1950 F et 650 F pour les autres entreprises inscrites au répertoire des métiers.

Une pénalité dont le taux est fixé au double du montant de la taxe est appliquée à l'exploitant qui, en vue de la détermination du taux de la taxe et de sa mise en recouvrement, ne donne pas les renseignements demandés ou fournit des informations inexactes.

Le montant de la taxe est majoré de 10 % lorsque le paiement des sommes correspondantes n'est pas effectué dans les délais prescrits.

III. - Les établissements visés au deuxième alinéa du paragraphe I ci-dessus sont ceux dans lesquels sont exercées une ou plusieurs des activités figurant sur une liste établie par décret en Conseil d'État, après avis du conseil supérieur des installations classées.

Le taux de base de ladite redevance est fixé à 500 F.

Le décret prévu ci-dessus fixe, pour chacune des activités retenues en fonction de sa nature et de son importance, un coefficient multiplicateur compris entre 1 et 6. Le montant de la redevance effectivement perçue par établissement au titre de chacune de ces activités est égal au produit du taux de base et du coefficient multiplicateur.

Les entreprises inscrites au répertoire des métiers sont exonérées de ladite redevance.

Les majorations et pénalités prévues aux quatrième et cinquième alinéas du paragraphe 11 ci-dessus s'appliquent à la redevance.

Le recouvrement de la taxe unique et de la redevance est poursuivi comme en matière de contributions directes.

TITRE VI - *Sanctions pénales*

Art. 18. - Quiconque exploite une installation sans l'autorisation requise sera puni d'une amende de 2 000 à 20 000 F.

En cas de récidive, il sera prononcé une peine d'emprisonnement de deux à six mois et une amende de 20 000 F à 500 000 F ou l'une de ces deux peines.

Art. 19. - En cas de condamnation à une peine de police pour infraction aux dispositions des arrêtés préfectoraux ou ministériels prévus par la présente loi ou par les règlements pris pour son application, le jugement fixe, s'il y a lieu et, le cas échéant, sous astreinte, le délai dans lequel devront être respectées les dispositions auxquelles il a été contrevenu. En cas de non-exécution dans le délai prescrit, une amende de 5 000 F à 500 000 F peut être prononcée.

Le tribunal peut prononcer l'interdiction d'utiliser les installations jusqu'à l'achèvement des travaux. Il peut en outre ordonner que ces derniers soient exécutés d'office aux frais du condamné.

Art. 20. - Quiconque fait fonctionner une installation en infraction à une mesure de fermeture ou de suspension de fonctionnement prise en application de la présente loi, ou à une mesure d'interdiction prononcée en vertu de l'article

précédent, sera puni d'une peine d'emprisonnement de deux mois à six mois et d'une amende de 5 000 F à 500 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement.

Art. 21. - Quiconque met obstacle à l'exercice des fonctions des personnes chargées de l'inspection ou de l'expertise des installations classées sera puni d'une peine d'emprisonnement de dix jours à trois mois et d'une peine d'amende de 2 000 F à 50 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement.

Art. 22. - Les infractions sont constatées par les procès-verbaux des officiers de police judiciaire et des inspecteurs des installations classées. Ces procès-verbaux sont dressés en double exemplaire dont l'un est adressé au préfet et l'autre au procureur de la République. Ils font foi jusqu'à preuve contraire.

TITRE VII -

Sanctions administratives

Art. 23. - Indépendamment des poursuites pénales qui peuvent être exercées et lorsqu'un inspecteur des installations classées ou un expert désigné par le ministre chargé des installations classées a constaté l'inobservation des conditions imposées à l'exploitant d'une installation classée, le préfet met en demeure ce dernier de satisfaire à ces conditions dans un délai déterminé.

Si, à l'expiration du délai fixé pour l'exécution, l'exploitant n'a pas obtempéré à cette injonction, le préfet peut :

- Soit faire procéder d'office, aux frais de l'exploitant, à l'exécution des mesures prescrites ;
- Soit obliger l'exploitant à consigner entre les mains d'un comptable public une somme répondant du montant des travaux à réaliser, laquelle sera restituée à l'exploitant au fur et à mesure de l'exécution des travaux ; il est, le cas échéant, procédé au recouvrement de cette somme comme en matière de créances étrangères à l'impôt et aux domaines ;
- Soit suspendre par arrêté, après avis du conseil départemental d'hygiène, le fonctionnement de l'installation, jusqu'à exécution des conditions imposées.

Art. 24. - Lorsqu'une installation classée est exploitée sans avoir fait l'objet de la déclaration ou de l'autorisation requise par la présente loi, le préfet met l'exploitant en demeure de régulariser sa situation dans un délai déterminé en déposant suivant le cas une déclaration ou une demande d'autorisation. Il peut, par arrêté motivé, suspendre l'exploitation de l'installation jusqu'au dépôt de la déclaration ou jusqu'à la décision relative à la demande d'autorisation.

Si l'exploitant ne défère pas à la mise en demeure de régulariser sa situation ou si sa demande d'autorisation est rejetée, le préfet peut, en cas de nécessité, ordonner la fermeture ou la suppression de l'installation. Si l'exploitant n'a pas obtempéré dans le délai fixé, le préfet peut faire application des procédures prévues à l'article 23 (3° et 4° alinéas).

Le préfet peut faire procéder, par un agent de la force publique, à l'apposition des scellés sur une installation qui est maintenue en fonctionnement soit en infraction à une mesure de suppression, de fermeture ou de suspension prise en application de l'article 15, de l'article 23 ou des deux premiers alinéas du présent article, soit en dépit d'un arrêté de refus d'autorisation.

Art. 25. - Pendant la durée de la suspension de fonctionnement prononcée en application de l'article 23 ou de l'article 21 ci-dessus l'exploitant est tenu d'assurer à son personnel le paiement des salaires, indemnités et rémunérations de toute nature auxquels il avait droit jusqu'alors.

TITRE VIII -
Dispositions diverses

Art. 26. - Lorsque l'exploitation d'une installation non comprise dans la nomenclature des installations classées présente des dangers ou des inconvénients graves pour les intérêts mentionnés à l'article 1er de la présente loi, le préfet, après avis -sauf cas d'urgence- du maire et du conseil départemental d'hygiène, met l'exploitant en demeure de prendre les mesures nécessaires pour faire disparaître les dangers ou les inconvénients dûment constatés. Faute par l'exploitant de se conformer à cette injonction dans le délai imparti, il peut être fait application des mesures prévues à l'article 23 ci-dessus.

Art. 27. - En ce qui concerne les installations appartenant aux services et organismes dépendant de l'État qui seront inscrites sur une liste établie par décret, les pouvoirs attribués au préfet par la présente loi seront exercés soit par le ministre chargé des établissements classés, soit par le ministre chargé de la défense pour les installations qui relèvent de son département.

Les pénalités prévues au titre VI sont applicables aux justiciables des juridictions militaires des forces armées conformément au code de justice militaire et notamment en ses articles 2, 56 et 100.

Art. 28. - Les modalités d'application de la présente loi seront fixées par décrets en Conseil d'État.

Ces décrets détermineront en outre :

1° Pour les installations visées à l'article 27 ci-dessus, les procédures d'enquête et d'autorisation ainsi que les conditions de surveillance et de contrôle ;

2° Pour les autres services de l'État, ainsi que pour les collectivités locales et les établissements publics à caractère administratif :

a) Les conditions d'application des mesures prévues aux articles 19, 23, 24, 25 et 26 ;

b) Les personnes qui seront regardées comme pénalement responsables des infractions commises.

Art. 29. - Les dispositions de la présente loi entrent en vigueur le 1er janvier 1977. À cette date, sont abrogés la loi modifiée du 19 décembre 1917 relative aux établissements dangereux, insalubres ou incommodes, le décret-loi validé du 1er avril 1939 instaurant une procédure d'urgence pour l'instruction des demandes de construction de dépôts d'hydrocarbures, et les dispositions applicables aux installations soumises à la présente loi et qui lui sont contraires.

La référence à la présente loi est substituée à la référence à la loi du 19 décembre 1917 dans tous les textes contenant une telle disposition.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'État.

ENVIRONNEMENT. Installations classées, Servitudes d'utilité publique, Périmètres, Délimitation. — **SERVITUDES.** Utilité publique, Installations classées, Périmètres.

DECRET N° 89-837 DU 14 NOVEMBRE 1989

Relatif à la délimitation des périmètres dans lesquels peuvent être instituées des servitudes d'utilité publique en application des articles 7-1 et 7-2 de la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 modifiée relative aux installations classées pour la protection de l'environnement (J.O. 16 nov., p. 14239).

Art. 1er. - L'article 2 (3°) du décret n° 77-1133 du 21 septembre 1977 est complété comme suit :

«Lorsque le demandeur de l'autorisation requiert l'institution de servitudes d'utilité publique prévues à l'article 7-1 de la loi du 19 juillet 1976 modifiée pour une installation classée à implanter sur un site nouveau, il fait connaître le périmètre et les règles souhaités.»

Art. 2. - Il est inséré, après l'article 4 du décret du 21 septembre 1977, un article 4 bis ainsi rédigé :

«Lorsqu'il constate qu'une installation classée, dont la demande d'autorisation lui est présentée, relève de la liste prévue à l'article 7-1 de la loi du 19 juillet 1976 modifiée, le préfet en informe le maire de la ou des communes d'implantation ainsi que le demandeur. Le maire est avisé qu'il lui appartient, s'il le juge utile, de demander l'institution des servitudes mentionnées à l'article 7-1 de la loi du 19 juillet 1976 modifiée.»

Art. 3. - L'alinéa suivant est ajouté après le deuxième alinéa de l'article 6 du décret du 21 septembre 1977 :

«Lorsque l'installation doit faire l'objet d'un plan particulier d'intervention en application de l'article 6 du décret n° 88622 du 6 mai 1988, l'avis le mentionne.»

Art. 4. - L'article 17 du décret du 21 septembre 1977 est complété par les dispositions suivantes :

«L'arrêté peut prévoir, après consultation des services départementaux d'incendie et de secours, l'obligation d'établir un plan d'opération interne en cas de sinistre. Le plan d'opération interne définit les mesures d'organisation, les méthodes d'intervention et les moyens nécessaires que l'exploitant doit mettre en œuvre pour protéger le personnel, les populations et l'environnement.

«L'arrêté fixe également les mesures d'urgence qui incombent à l'exploitant sous le contrôle de l'autorité de police et les obligations de celui-ci en matière d'information et d'alerte des personnes susceptibles d'être affectées par un accident, quant aux dangers encourus, aux mesures de sécurité et au comportement à adopter.

«Lorsqu'il existe un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, son avis sur le plan d'opération interne est transmis au préfet.»

Art. 5. - Il est ajouté au décret du 21 septembre 1977 les dispositions suivantes :

«TITRE Ier bis

«Dispositions applicables aux installations susceptibles de donner lieu à servitudes d'utilité publique

«Art. 24-1. - Les dispositions du présent titre sont applicables dans le cas où l'installation d'un établissement classé à implanter sur un site nouveau et susceptible de créer, par danger d'explosion ou d'émanation de produits nocifs, des risques très importants pour la santé ou la sécurité des populations voisines et pour l'environnement donne lieu à l'institution des servitudes d'utilité publique prévues par l'article 7-1 de la loi du 19 juillet 1976 modifiée.

«Art. 24-2. - L'institution de ces servitudes à l'intérieur d'un périmètre délimité autour de l'installation peut être demandée, conjointement avec l'autorisation d'installation, par le demandeur de celle-ci.

«Elle peut l'être également, au vu d'une demande d'autorisation d'installation, par le maire de la commune d'implantation ou à l'initiative du représentant de l'État dans le département.

«Lorsqu'il est saisi par le demandeur de l'autorisation ou par le maire d'une requête tendant à l'institution de servitudes ou lorsqu'il en prend l'initiative lui-même, le préfet arrête le projet correspondant sur le rapport de l'inspection des installations classées et après consultation de la direction départementale de l'équipement et du service chargé de la sécurité civile.

«Art. 24-3. - Ce projet indique quelles servitudes, parmi celles définies à l'article 7-1 de la loi du 19 juillet 1976 modifiée, sont susceptibles, dans un périmètre délimité autour de l'établissement et éventuellement de façon modulée suivant les zones concernées, de parer aux risques créés par l'installation. Il doit être établi de manière notamment à prévenir les effets des événements suivants :

«1° Suppression, projection ou rayonnement thermique dus à une explosion, un incendie, ou à toute autre cause accidentelle, ou rayonnement radioactif consécutif à un tel événement.

«2° Présence de gaz, fumées ou aérosols toxiques ou nocifs dus à une émanation, une explosion, un incendie ou à toute autre cause accidentelle ;

« 3° Retombées de substances toxiques ou radioactives ou risques de nuisances susceptibles de contaminer le milieu environnant, dus à une émanation, une explosion, un incendie ou à toute autre cause accidentelle.

«L'appréciation de la nature et de l'intensité des dangers encourus tient compte des équipements et dispositifs de prévention et d'intervention, des installations de confinement, des mesures d'aménagement envisagées, au titre desquelles les servitudes d'utilité publique.

«Le périmètre est étudié en considération des caractéristiques du site, notamment de la topographie, de l'hydrographie, du couvert végétal, des constructions et des voies existantes.

«Le demandeur de l'autorisation et le maire ont, avant mise à l'enquête, communication du projet.

«Art. 24-4. - L'enquête publique est régie par les dispositions des articles 5 à 7 et les précisions apportées par le présent article. Elle est, sauf exception justifiée par des circonstances particulières, confondue avec l'enquête ouverte sur la demande d'autorisation de l'installation classée.

«Le dossier établi en vue de l'enquête publique, mentionné aux articles 2 et 3 du présent décret, est complété par :

«- une notice de présentation ;

«- un plan faisant ressortir le périmètre établi en application de l'article 242 ainsi que les aires afférentes à chaque catégorie de servitudes ;
«- un plan parcellaire des terrains et bâtiments indiquant leur affectation ;
«- l'énoncé des règles envisagées dans la totalité du périmètre ou dans certaines de ses parties.

«Les frais de dossier sont à la charge de l'exploitant.

«L'avis prévu à l'article 6, alinéa 2, mentionne le périmètre ainsi que les servitudes envisagées.

«Les municipaux des communes sur lesquelles s'étend le périmètre établi en application de l'article 242 sont appelés à donner leur avis dès l'ouverture de l'enquête.

«Le maire de la commune d'implantation est consulté dans les mêmes conditions que le demandeur telles que précisées par le dernier alinéa de l'article 6 *bis* et par le deuxième alinéa de l'article 7 du présent décret. Il peut être pris connaissance du mémoire en réponse du maire dans les conditions du quatrième alinéa de l'article 7 du présent décret.

«*Art. 24-5.* - Au vu du dossier de l'enquête et de l'avis du ou des conseils municipaux, l'inspection des installations classées, après consultation de la direction départementale de l'équipement, du service chargé de la sécurité civile et, le cas échéant, des autres services intéressés, établit un rapport sur les résultats de l'enquête et ses conclusions sur le projet.

«Le rapport et ces conclusions sont soumis au conseil départemental d'hygiène. Le demandeur et le maire de la ou des communes d'implantation ont la faculté de se faire entendre par le conseil ou de désigner à cet effet un mandataire. Ils doivent être informés par le préfet, au moins huit jours à l'avance, de la date et du lieu de la réunion du conseil, et reçoivent simultanément un exemplaire du rapport et des conclusions de l'inspection des installations classées.

«*Art. 24-6.* - Lorsque les conditions de l'article 7-2, alinéa 3, de la loi du 19 juillet 1976 modifiée sont réunies, le préfet arrête les servitudes et leur périmètre. Dans le cas où l'autorisation est accordée par le ministre chargé des installations classées, il appartient à celui-ci d'arrêter les servitudes et leur périmètre, après l'avis du Conseil supérieur des installations classées prévu à l'article 16, alinéa 5, du présent décret.

«Lorsque ces conditions ne sont pas réunies, le dossier est transmis au ministre chargé des installations classées, en vue de l'institution des servitudes et de leur périmètre par décret en Conseil d'État, pris après avis du Conseil supérieur des installations classées.

«La décision autorisant l'installation ne peut intervenir qu'après qu'il a été statué sur le projet d'institution des servitudes.

«*Art. 24-7.* - L'acte instituant les servitudes est notifié par le préfet aux maires concernés et au demandeur de l'autorisation.

«Il est notifié, par le préfet, à chacun des propriétaires, des titulaires de droits réels ou de leurs ayants droit, au fur et à mesure qu'ils sont connus.

«L'acte fait l'objet, en vue de l'information des tiers, des mesures de publicité prévues à l'article 21 du présent décret.

«Les frais afférents à cette publicité sont à la charge de l'exploitant de l'installation classée.

«Lorsque la décision est prise par décret en Conseil d'État, elle est en outre publiée au Journal officiel de la République française.»

Art. 6. - La liste de l'annexe du chapitre VI du livre Ier du code de l'urbanisme (partie Réglementaire) est ainsi complétée dans sa partie IV-B :

«Servitudes résultant de l'application des articles 7-1 à 7-4 de la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976.»

Art. 7. - Le ministre de la défense, le ministre de l'intérieur, le ministre de l'équipement, du logement, des transports et de la mer, le secrétaire d'État auprès du Premier ministre, chargé de l'environnement et de la prévention des risques technologiques et naturels majeurs, et le secrétaire d'État auprès du ministre de l'intérieur, chargé des collectivités territoriales, sont chargés, etc.

DIRECTIVE DU CONSEIL N° 82-501

DU 24 JUIN 1982

concernant les risques d'accidents majeurs de certaines activités industrielles
(J.O.C.E. du 5 août 1982)

Vu le traité instituant la Communauté économique européenne, et notamment ses articles 100 et 235,

Vu la proposition de la Commission,

Vu l'avis de l'Assemblée,

Vu l'avis du Comité économique et social,

Considérant les objectifs et les principes de la politique de l'environnement dans la Communauté, fixés par les programmes d'action des Communautés européennes en matière d'environnement du 22 novembre 1973 et du 17 mai 1977, et notamment le principe suivant lequel la meilleure politique consiste à éviter, dès l'origine, la création de pollutions ou de nuisances ; qu'il convient dès lors de concevoir et d'orienter le progrès technique de façon à répondre au souci de la protection de l'environnement ;

Considérant les objectifs de la politique de la sécurité et de la santé sur le lieu de travail dans la Communauté, fixés par la résolution du Conseil, du 29 juin 1978, relative au programme d'action des Communautés européennes en matière de sécurité et de santé sur le lieu de travail, et notamment le principe que la meilleure politique consiste à éviter, dès l'origine, les possibilités d'accident par une intégration de la sécurité aux différents stades de la conception, de la production et de l'exploitation ;

Considérant que le comité consultatif pour la sécurité, l'hygiène et la protection de la santé sur le lieu de travail, institué par la décision 74/325/CEE, a été consulté ;

Considérant que la protection de la population et de l'environnement ainsi que la sécurité et la protection de la santé sur le lieu de travail exigent qu'une attention particulière soit accordée à certaines activités industrielles susceptibles de causer des accidents majeurs ; que de tels accidents se sont déjà produits dans la Communauté et qu'ils ont eu des conséquences graves pour les travailleurs et, plus généralement, pour la population et l'environnement ;

Considérant que, pour toute activité industrielle mettant ou pouvant mettre en jeu des substances dangereuses et pouvant avoir, en cas d'accident majeur, des conséquences graves pour l'homme et l'environnement, il faut que le fabricant prenne toutes les mesures qui s'imposent pour prévenir ces accidents et pour en limiter les conséquences ;

Considérant que la formation et l'information des personnes travaillant sur le site peuvent jouer un rôle particulièrement important dans la prévention des accidents majeurs et le contrôle de la situation en cas d'accidents de ce type ;

Considérant que, en ce qui concerne les activités industrielles mettant ou pouvant mettre en jeu des substances particulièrement dangereuses en certaines quantités, il est nécessaire que le fabricant communique aux autorités compétentes une notification comportant des informations relatives aux substances en cause, aux installations et à des situations éventuelles d'accidents majeurs, afin de réduire les risques d'accident majeur et de prévoir les mesures nécessaires pour en limiter les conséquences ;

Considérant qu'il convient de prévoir que les personnes susceptibles d'être affectées, à l'extérieur de l'établissement, par un accident majeur soient informées, de façon appropriée, des mesures de sécurité à prendre et du comportement à adopter en cas d'accidents ;

Considérant que, lorsqu'un accident majeur se produit, le fabricant doit en informer immédiatement les autorités compétentes et leur communiquer les informations nécessaires pour évaluer l'impact de l'accident ;

Considérant que, en vue de permettre à la Commission d'analyser les risques d'accidents majeurs, il importe que les États membres lui transmettent certaines informations sur les accidents majeurs survenus sur leur territoire ;

Considérant que la présente directive ne fait pas obstacle à ce qu'un État membre puisse conclure des accords avec des États tiers concernant l'échange des informations dont il dispose sur le plan interne, à l'exclusion de celles résultant du mécanisme communautaire d'échange d'informations mis en place par la présente directive ;

Considérant que la disparité des dispositions déjà applicables ou en cours de préparation dans les différents États membres en ce qui concerne les mesures de prévention des accidents majeurs et de limitation de leurs conséquences pour l'homme et l'environnement peut créer des conditions de concurrence inégales et avoir, de ce fait, une incidence directe sur le fonctionnement du marché commun ; qu'il convient donc de procéder dans ce domaine au rapprochement des législations prévu à l'article 100 du traité ;

Considérant qu'il apparaît nécessaire d'assortir ce rapprochement des législations d'une action de la Communauté visant à la réalisation de l'un de ses objectifs dans le domaine de la protection de l'environnement et de la sécurité et santé sur le lieu de travail ; qu'il convient donc de prévoir, à ce titre, certaines dispositions spécifiques ; que les pouvoirs d'action requis à cet effet n'ayant pas été prévus par le traité, il convient d'avoir recours à l'article 235 de celui-ci,

Arrête :

Art. 1 -

1. La présente directive concerne la prévention des accidents majeurs qui pourraient être causés par certaines activités industrielles ainsi que la limitation de leurs conséquences pour l'homme et l'environnement ; elle vise notamment au rapprochement des dispositions prises par les États membres dans ce domaine.

2. Au sens de la présente directive, on entend par :

a) *activité industrielle* :

- toute opération effectuée dans des installations industrielles visées à l'annexe I mettant ou pouvant mettre en jeu une ou plusieurs substances dangereuses et pouvant présenter des risques d'accidents majeurs ainsi que le transport effectué à l'intérieur de l'établissement pour des raisons internes et le stockage associé à cette opération à l'intérieur de l'établissement,

- tout autre stockage effectué dans les conditions visées à l'annexe II ;

b) *fabricant* :

- toute personne qui est responsable d'une activité industrielle ;

c) *accident majeur* :

- un événement tel qu'une émission, un incendie ou une explosion de caractère majeur, en relation avec un développement incontrôlé d'une activité industrielle, entraînant un danger grave, immédiat ou différé, pour l'homme, à l'intérieur ou à l'extérieur de l'établissement, et/ou pour l'environnement, et mettant en jeu une ou plusieurs substances dangereuses ;

d) *substances dangereuses* :

- pour l'application des articles 3 et 4, les substances généralement considérées comme répondant aux critères fixés à l'annexe IV,

- pour l'application de l'article 5, les substances figurant sur la liste de l'annexe III et de l'annexe II dans les quantités figurant à la deuxième colonne.

Art. 2 - Sont exclues de l'application de la présente directive :

1. les installations nucléaires et de traitement des substances et matériaux radioactifs,
2. les installations militaires,
3. la fabrication et le stockage séparé d'explosifs, poudres et munitions,
4. les activités d'extraction et autres activités minières,
5. les installations assurant l'élimination des déchets toxiques et dangereux, soumises à des réglementations communautaires pour autant que celles-ci visent la prévention des accidents majeurs.

Art. 3 - Les États membres prennent les dispositions nécessaires afin que, pour toute activité industrielle définie à l'article 1er, le fabricant soit tenu de prendre toutes les mesures qui s'imposent pour prévenir les accidents majeurs et pour en limiter les conséquences pour l'homme et l'environnement.

Art. 4 - Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout fabricant soit tenu de prouver à tout moment à l'autorité compétente, aux fins de vérifications visées à l'article 7 paragraphe 2, qu'il a déterminé les risques d'accidents majeurs existants, pris les mesures de sécurité appropriées et informé, formé et équipé, afin d'assurer leur sécurité, les personnes qui travaillent sur le site.

Art 5 - 1. Sans préjudice de l'article 4, les États membres prennent les mesures nécessaires pour que le fabricant soit tenu de communiquer une notification aux autorités compétentes visées à l'article 7 :

- lorsque, dans une activité industrielle telle que définie à l'article 1er paragraphe 2 sous a) premier tiret, une ou plusieurs substances dangereuses, figurant à l'annexe III, interviennent ou sont connues comme pouvant intervenir, dans des quantités fixées à ladite annexe, notamment en tant que :

. substances stockées ou utilisées en rapport avec l'activité industrielle concernée,

- . produits de la fabrication,
- . sous-produits, ou
- . résidus,

- ou lorsque, dans une activité industrielle telle que définie à l'article 1er paragraphe 2 sous a) deuxième tiret, une ou plusieurs substances dangereuses, figurant à l'annexe II, sont stockées, dans des quantités fixées à ladite annexe, deuxième colonne.

La notification doit comporter les éléments suivants :

a) des informations relatives aux substances figurant respectivement à l'annexe II et à l'annexe III :

- les données et informations figurant à l'annexe V,
- la phase de l'activité dans laquelle elles interviennent ou peuvent intervenir,
- la quantité (ordre de grandeur),
- le comportement chimique et/ou physique dans les conditions normales d'utilisation au cours du processus,
- les formes sous lesquelles elles pourraient se présenter ou se transformer en cas d'anomalie prévisible,
- le cas échéant, les autres substances dangereuses dont la présence peut avoir une influence sur le risque potentiel de l'activité industrielle en question ;

b) des informations relatives aux installations :

- l'implantation géographique des installations et les conditions météorologiques dominantes ainsi que les sources de danger imputables à la situation des lieux,
- le nombre maximal de personnes travaillant sur le site et en particulier de celles exposées au risque,
- une description générale des processus techniques,
- une description des éléments de l'installation revêtant une importance du point de vue de la sécurité, des causes de risques et des conditions dans lesquelles un accident majeur peut se produire ainsi qu'une description des mesures de prévention envisagées,
- les mesures prises pour assurer que les moyens techniques nécessaires pour garantir le fonctionnement des installations dans des conditions de sécurité et pour faire face à toute défaillance soient disponibles à tout moment ;

c) des informations relatives à des situations éventuelles d'accident majeur :

- les plans d'urgence, y compris l'équipement de sécurité, les moyens d'alerte et d'intervention prévus à l'intérieur de l'établissement en cas d'accidents majeurs,
- toute information nécessaire aux autorités compétentes pour leur permettre d'établir des plans d'urgence à l'extérieur de l'établissement conformément à l'article 7 paragraphe 1,
- le nom de la personne et de ses suppléants ou l'instance qualifiée, qui sont compétents pour la sécurité et qui sont habilités à mettre en œuvre les plans d'urgence et à alerter les autorités compétentes visées à l'article 7.

2. Dans le cas de nouvelles installations, la notification visée au paragraphe 1 doit parvenir aux autorités compétentes dans un délai raisonnable avant que ne soit entreprise l'activité industrielle.

3. La notification visée au paragraphe 1 doit être mise à jour périodiquement, notamment afin de tenir compte des nouvelles connaissances techniques relatives à la sécurité ainsi que de l'évolution des connaissances en matière d'évaluation des risques.

4. Lorsqu'il s'agit d'activités industrielles pour lesquelles les quantités, par substance, fixées aux annexes II ou III, selon le cas, sont dépassées dans un ensemble d'installations du même fabricant distantes de moins de 500 mètres, les États membres prennent les mesures nécessaires afin que le fabricant fournisse la quantité d'informations requise pour la notification visée au paragraphe 1, sans préjudice de l'article 7, compte tenu du fait que ces installations sont à une faible distance les unes des autres et que les risques d'accidents majeurs se trouvent par conséquent aggravés.

Art. 6 - Dans le cas d'une modification d'une activité industrielle qui pourrait avoir des implications importantes pour les risques d'accidents majeurs, les États membres prennent les mesures appropriées afin que le fabricant :

- procède à une révision des mesures visées aux articles 3 et 4,
- informe préalablement, si nécessaire, les autorités compétentes visées à l'article 7 de cette modification pour ce qui concerne les éléments de la notification visée à l'article 5.

Art. 7 - 1. Les États membres créent ou désignent l'autorité ou les autorités compétentes chargées, compte tenu de la responsabilité incombant au fabricant :

- de recevoir la notification visée à l'article 5 ainsi que l'information visée à l'article 6 deuxième tiret,
- d'examiner les renseignements fournis,
- de veiller à ce qu'un plan d'urgence et d'intervention relatif à l'extérieur de l'établissement, dont l'activité industrielle a été notifiée, soit mis sur pied, et si nécessaire,

- de demander les renseignements fournis,
 - de s'assurer que le fabricant prenne les mesures les plus appropriées en ce qui concerne les différentes opérations de l'activité industrielle notifiée pour prévenir les accidents majeurs et pour prévoir les moyens d'en limiter les conséquences.

2. Les autorités compétentes organisent, dans le cadre des réglementations nationales, des inspections ou d'autres mesures de contrôle selon le type d'activité concerné.

Art. 8 - (Dir. n° 88/610 du 24 nov. 1988, art. 1er). "1. Les États membres veillent à ce que les informations sur les mesures de sécurité et sur le comportement correct à adopter en cas d'accident soient fournies, d'une manière appropriée, et sans qu'elles aient à en faire la demande, aux personnes susceptibles d'être affectées par un accident majeur provenant d'une activité industrielle notifiée au sens de l'article 5. Ces informations sont réitérées et mises à jour à intervalles appropriés. Elles sont également mises à la disposition du public.

Ces informations comportent les éléments définis à l'annexe VII".

2. Les États membres concernés mettent simultanément à la disposition des autres États membres intéressés, comme base pour toute consultation nécessaire dans le cadre de leurs relations bilatérales, les mêmes informations que celles diffusées à leurs propres ressortissants.

Art. 9 - 1. La présente directive s'applique tant aux activités industrielles nouvelles qu'aux activités industrielles existantes.

2. Sont assimilées aux activités industrielles nouvelles toutes les modifications apportées à une activité industrielle existante et susceptibles d'avoir des implications importantes pour les risques d'accidents majeurs.

3. Pour les activités industrielles existantes, la présente directive est applicable au plus tard le 8 janvier 1985. Toutefois, en ce qui concerne l'application de l'article 5 aux activités industrielles existantes, les États membres veillent à ce que les fabricants présentent à l'autorité compétente, au plus tard le 8 janvier 1985, une déclaration comportant :

- le nom ou la raison sociale et l'adresse complète,
- le siège de l'établissement et l'adresse complète,
- le nom du directeur responsable,
- le type d'activité,
- le type de production ou de stockage,
- une indication des substances ou catégories de substances impliquées

figurant à l'annexe II ou III.

4. En outre, les États membres veillent à ce que, au plus tard le 8 juillet 1989, les fabricants complètent la déclaration visée au paragraphe 3 deuxième alinéa conformément aux données et aux informations visées à l'article 5. Les fabricants sont normalement tenus de transmettre cette déclaration complémentaire à l'autorité compétente. Toutefois, les États membres ont la faculté de ne pas rendre obligatoire pour les fabricants la transmission de cette déclaration complémentaire. Dans ce cas, cette dernière est communiquée à l'autorité compétente à la demande expresse de celle-ci.

Art. 10 - 1. Les États membres prennent les dispositions nécessaires pour que, dès qu'un accident majeur survient, le fabricant soit tenu :

a) d'informer immédiatement les autorités compétentes visées à l'article

7 ;

b) de leur communiquer, dès qu'elles sont connues :

- les circonstances de cet accident,
- les substances dangereuses impliquées au sens de l'article 1er

paragraphe 2 sous d),

- les données disponibles pour évaluer l'impact de cet accident sur l'homme et l'environnement,
- les mesures d'urgence entreprises ;
- c) de les informer des mesures qui sont envisagées pour :
 - pallier les effets à moyen et à long terme de cet accident,
 - éviter que cet accident ne se reproduise.
- 2. Les États membres chargent les autorités compétentes :
 - a) de s'assurer que les mesures d'urgence et les mesures à moyen et à long terme qui s'avèrent nécessaires soient prises ;
 - b) de recueillir, lorsque cela est possible, les informations nécessaires pour compléter l'analyse de l'accident majeur et éventuellement de faire des recommandations.

Art. 11 - 1. Les États membres informent, dès que possible, la Commission des accidents majeurs survenus sur leur territoire et lui communiquent les informations figurant à l'annexe VI dès qu'elles sont disponibles.

2. Les États membres désignent à la Commission le service qui pourrait disposer d'informations pertinentes concernant les accidents majeurs et qui est en mesure de conseiller les autorités compétentes des autres États membres qui ont à intervenir dans le cas d'un tel accident.

3. Les États membres peuvent signaler à la Commission toute substance qui devrait à leur avis être ajoutée aux annexes II et III et toutes mesures qu'ils auraient éventuellement prises concernant ces substances. La Commission communique ces informations aux autres États membres.

Art. 12 - La Commission établit et tient à la disposition des États membres un fichier contenant le relevé des accidents majeurs survenus sur le territoire des États membres, avec l'analyse des causes qui les ont provoqués, les expériences acquises et les mesures adoptées, afin de permettre aux États membres d'utiliser ces informations dans un but préventif.

Art. 13 - 1. Les informations recueillies par les autorités compétentes en application des articles 5, 6, 7, 9, 10 et 12 et par la Commission en application de l'article 11 ne peuvent être utilisées que dans le but pour lequel elles ont été demandées.

2. La présente directive ne fait toutefois pas obstacle à ce qu'un État membre puisse conclure des accords avec des États tiers concernant l'échange des informations dont il dispose sur le plan interne, à l'exclusion de celles résultant du mécanisme communautaire d'échange d'informations mis en place par la présente directive.

3. La Commission ainsi que ses fonctionnaires et agents sont tenus de ne pas divulguer les informations recueillies en application de la présente directive. Il en va de même des fonctionnaires et agents des autorités compétentes des États membres en ce qui concerne les informations qu'ils tiendraient de la Commission.

Néanmoins, de telles informations pourront être fournies :

- dans le cas des articles 12 et 18,

- lorsqu'un État membre effectue ou autorise la publication d'informations le concernant.

4. Les paragraphes 1, 2 et 3 ne font pas obstacle à la publication par la Commission de renseignements statistiques généraux ou d'informations concernant la sécurité ne comportant pas d'indications individuelles sur les entreprises ou associations d'entreprises et ne mettant pas en cause le secret industriel.

Art. 14 - Les modifications nécessaires pour adapter l'annexe V au procès technique sont arrêtées conformément à la procédure définie à l'article 16.

Art. 15 - 1. Aux fins de l'application de l'article 14, il est institué un comité pour l'adaptation de la présente directive au progrès technique, ci-après dénommé "comité" qui est composé de représentants des États membres et présidé par un représentant de la Commission.

2. Le comité établit son règlement intérieur.

Art. 16 - 1. Au cas où il est fait appel à la procédure définie au présent article, le comité est saisi par son président, soit à l'initiative de celui-ci, soit à la demande du représentant d'un État membre.

2. Le représentant de la Commission soumet au comité un projet de mesures à prendre. Le comité émet son avis sur ce sujet dans un délai que le président peut fixer en fonction de l'urgence de la question. Il se prononce à la majorité de quarante-cinq voix, les voix des États membres étant affectées de la pondération prévue à l'article 148 paragraphe 2 du traité. Le président ne prend pas part au vote.

3. a) La Commission arrête les mesures envisagées lorsqu'elles sont conformes à l'avis du comité.

b) Lorsque les mesures envisagées ne sont pas conformes à l'avis du comité, ou en l'absence d'avis, la Commission soumet sans tarder au Conseil une proposition relative aux mesures à prendre. Le Conseil statue à la majorité qualifiée.

c) Si, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la saisine du Conseil, celui-ci n'a pas statué, les mesures proposées sont arrêtées par la Commission.

Art. 17 - La présente directive ne restreint pas la faculté qu'ont les États membres d'appliquer ou d'arrêter des mesures administratives ou législatives assurant une protection de l'homme et de l'environnement plus étendue que celle qui découle des dispositions de la présente directive.

Art. 18 - Les États membres et la Commission échangent des informations sur les expériences acquises en matière de prévention d'accidents majeurs et de limitation de leurs conséquences. Ces informations portent notamment sur le fonctionnement des dispositions prévues par la présente directive. Cinq ans après la notification de la présente directive, la Commission adresse au Conseil et à l'Assemblée un rapport sur son application, qu'elle élabore sur la base de cet échange d'informations.

Art. 19 - Le Conseil, sur proposition de la Commission, procède au plus tard le 8 janvier 1986 à la révision des annexes I, II et III.

Art. 20 - 1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 8 janvier 1984. Ils en informent immédiatement la Commission.

2. Les États membres communiquent à la Commission les dispositions de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine couvert par la présente directive.

Annexes

Annexe I - Installations industrielles visées à l'article 1er (modifiée par Dir. CS n° 87/216/CEE du 19 mars 1987).

Annexe II - Stockage dans des installations autres que celles visées à l'annexe I (Stockage séparé) (modifiée par Dir. CS n° 87/216/CEE du 19 mars 1987 et remplacée par la Dir. CS n° 88/610/CEE du 24 nov. 1988, ann. A).

Annexe III - Liste des substances pour l'application de l'article 5 (modifiée par Dir. CS n° 87/216/CEE du 19 mars 1987).

Annexe IV - Critères indicatifs (complétée par Dir. CS n° 88/610/CEE du 24 nov. 1988).

Annexe V - Données et informations à fournir dans le cadre de la notification prévue à l'article 5.

Annexe VI - Informations à fournir à la Commission par les États membres en application de l'article 11.

Annexe VII - Informations à communiquer au public en application de l'article 8-1 (ajoutée par Dir. CS n° 88/610/CEE du 24 nov. 1988, ann. B).

Déclaration ad article 8

Les États membres se consultent dans le cadre de leurs relations bilatérales sur les mesures qui s'imposent pour prévenir les accidents majeurs provenant d'une activité industrielle notifiée au sens de l'article 5 et pour en limiter les conséquences pour l'homme et l'environnement. Dans le cas des nouvelles installations, cette consultation aura lieu dans les délais prévus à l'article 5 paragraphe 2.

LOI N° 87-565 DU 22 JUILLET 1987

«relative à la protection de la forêt contre l'incendie et à la prévention des risques majeurs»

(J.O., 23 juill., p. 8199 ; Rect. J.O., 29 août, p. 9912) (art. 23)

Art. 23. - Il est inséré, après l'article 7 de la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement, les articles 7-1 à 7-4 ainsi rédigés :

«Art. 7-1. - Lorsqu'une demande d'autorisation concerne une installation classée à implanter sur un site nouveau et susceptible de créer, par danger d'explosion ou d'émanation de produits nocifs, des risques très importants pour la santé ou la sécurité des populations voisines et pour l'environnement, des servitudes d'utilité publique peuvent être instituées concernant l'utilisation du sol, ainsi que l'exécution de travaux soumis au permis de construire.

Ces servitudes comportent en tant que de besoin :

- la limitation ou l'interdiction du droit d'implanter des constructions ou des ouvrages et d'aménager des terrains de camping ou de stationnement de caravanes ;
- la subordination des autorisations de construire au respect de prescriptions techniques tendant à limiter le danger d'exposition aux explosions ou concernant l'isolation des bâtiments au regard des émanations toxiques ;
- la limitation des effectifs employés dans les installations industrielles et commerciales qui seraient créées ultérieurement.

Elles tiennent compte de la nature et de l'intensité des risques encourus et peuvent, dans un même périmètre, s'appliquer de façon modulée suivant les zones concernées. Elles ne peuvent contraindre à la démolition ou à l'abandon de constructions existantes édifiées en conformité avec les dispositions législatives et réglementaires en vigueur avant l'institution desdites servitudes.

Un décret en Conseil d'État, pris après avis du Conseil supérieur des installations classées, fixe la liste des catégories, et éventuellement les seuils de capacité, des installations dans le voisinage desquelles ces servitudes peuvent être instituées.»

«Art. 7-2. - L'institution de servitudes d'utilité publique est décidée à l'intérieur d'un périmètre délimité autour de l'installation, soit à la requête du demandeur de l'autorisation ou du maire de la commune d'implantation, soit à l'initiative du représentant de l'État dans le département. Un décret en Conseil d'État détermine les conditions de délimitation du périmètre, qui tiennent compte notamment des équipements de sécurité de l'installation et des caractéristiques du site.

Le projet définissant les servitudes et le périmètre est soumis à enquête publique, conformément aux dispositions de la loi n° 83-630 du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement, et à l'avis des conseils municipaux des communes sur lesquelles s'étend le périmètre.

Lorsque le commissaire enquêteur a rendu des conclusions favorables, les servitudes et leur périmètre sont arrêtés par l'autorité compétente pour la délivrance de l'autorisation de l'installation classée si le ou les conseils municipaux ont émis un avis favorable ou sont réputés l'avoir fait, à défaut de réponse dans un délai de quinze jours suivant la clôture du registre d'enquête, et si le demandeur de l'autorisation n'a pas manifesté d'opposition. Dans le cas contraire, ils sont arrêtés par décret en Conseil d'État.»

«Art. 7-3. - Les servitudes sont annexées au plan d'occupation des sols de la commune dans les conditions prévues à l'article L. 126-1 du code de l'urbanisme.»

«Art. 7-4. - Lorsque l'institution des servitudes prévues à l'article 7-1 entraîne un préjudice direct, matériel et certain, elle ouvre droit à une indemnité au profit des propriétaires, des titulaires de droits réels ou de leurs ayants droit.

La demande d'indemnisation doit être adressée à l'exploitant de l'installation dans un délai de trois ans à dater de la notification de la décision instituant la servitude. À défaut d'accord amiable, l'indemnité est fixée par le juge de l'expropriation.

Le préjudice est estimé à la date de la décision de première instance. Toutefois, est seul pris en considération l'usage possible des immeubles et droits immobiliers un an avant l'ouverture de l'enquête publique prévue à l'article 7-2. La qualification éventuelle de terrain à bâtir est appréciée conformément aux dispositions de l'article L. 13-15 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Le juge limite ou refuse l'indemnité si une acquisition de droits sur un terrain a, en raison de l'époque où elle a eu lieu ou de toute autre circonstance, été faite dans le but d'obtenir une indemnité.

Le paiement des indemnités est à la charge de l'exploitant de l'installation.»

GROUPEMENTS D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE

Ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967,

Sur les groupements d'intérêt économique.

Art. 1^{er}. (L. n° 89-377 du 13 juin 1989) Deux ou plusieurs personnes physiques ou morales peuvent constituer entre elles un groupement d'intérêt économique pour une durée déterminée.

Le but du groupement est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité ; il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même.

Son activité doit se rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci.

1^{er}-1. (L. n° 89-377 du 13 juin 1989) Les personnes exerçant une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé peuvent constituer un groupement d'intérêt économique ou y participer.

2. (L. n° 89-377 du 13 juin 1989) « Le groupement d'intérêt économique peut être constitué sans capital. »

Les droits de ses membres ne peuvent être représentés par des titres négociables. Toute clause contraire est réputée non écrite.

J. Pichard, *Le G.I.E. et le sort de ses résultats depuis la loi n° 89-377 du 13 juin 1989*, J.C.P. éd. E. 1989. II. 15633.

3. Le groupement d'intérêt économique jouit de la personnalité morale et de la pleine capacité à dater de son immatriculation au registre du commerce, sans que cette immatriculation emporte présomption de commercialité du groupement. (L. n° 89-377 du 13 juin 1989) « Le groupement d'intérêt économique dont l'objet est commercial peut faire de manière habituelle et à titre principal tous actes de commerce pour son propre compte. Il peut être titulaire d'un bail commercial.

« Les personnes qui ont agi au nom d'un groupement d'intérêt économique en formation avant qu'il ait acquis la jouissance de la personnalité morale seront tenues, solidairement et indéfiniment, des actes ainsi accomplis, à moins que le groupement, après avoir été régulièrement constitué et immatriculé, ne reprenne les engagements souscrits. Ces engagements sont alors réputés avoir été souscrits dès l'origine par le groupement. »

3-1. (L. n° 89-377 du 13 juin 1989) La nullité du groupement d'intérêt économique ainsi que des actes ou délibérations de celui-ci ne peut résulter que de la violation des dispositions impératives de la présente ordonnance, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général.

L'action en nullité est éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, sauf si cette nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet du groupement.

Les articles 1844-12 à 1844-17 du Code civil sont applicables aux groupements d'intérêt économique. — *V. ces art., infra, v° Sociétés commerciales.*

4. Les membres du groupement sont tenus des dettes de celui-ci sur leur patrimoine propre ; (L. n° 89-377 du 13 juin 1989) « toutefois, un nouveau membre peut, si le contrat le permet, être exonéré des dettes nées antérieurement à son entrée dans le groupement. La décision d'exonération doit être publiée ». Ils sont solidaires, sauf convention contraire avec le tiers cocontractant.

Les créanciers du groupement ne peuvent poursuivre le paiement des dettes contre un membre qu'après avoir vainement mis en demeure le groupement par acte extrajudiciaire.

5. Le groupement d'intérêt économique peut émettre des obligations, aux conditions générales d'émission de ces titres par les sociétés, s'il est lui-même composé exclusivement de sociétés qui satisfont aux conditions prévues par la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales pour l'émission d'obligations.

(L. n° 85-698 du 11 juill. 1985) « Le groupement d'intérêt économique peut également émettre des obligations aux conditions générales d'émission de ces titres prévues par la loi n° 85-698 du 11 juillet 1985 autorisant l'émission de valeurs mobilières par certaines associations s'il est lui-même composé exclusivement d'associations qui satisfont aux conditions prévues par cette loi pour l'émission d'obligations. » — *V. ce texte au C. soc.*

6. Le contrat de groupement d'intérêt économique détermine l'organisation du groupement, sous réserve des dispositions de la présente ordonnance. Il est établi par écrit et publié selon les modalités fixées par décret.

Il contient notamment les indications suivantes :

1° La dénomination du groupement ;

2° Les nom, raison sociale ou dénomination sociale, la forme juridique, l'adresse du domicile ou du siège social et, s'il y a lieu, le numéro d'immatriculation au registre du commerce ou au répertoire des métiers, de chacun des membres du groupement ;

- 3° La durée pour laquelle le groupement est constitué ;
- 4° L'objet du groupement ;
- 5° L'adresse du siège du groupement.

Toutes les modifications du contrat sont établies et publiées dans les mêmes conditions que le contrat lui-même. Elles ne sont opposables aux tiers qu'à dater de cette publicité.

7. Le groupement, au cours de son existence, peut accepter de nouveaux membres dans les conditions fixées par le contrat constitutif.

Tout membre du groupement peut se retirer dans les conditions prévues par le contrat, sous réserve qu'il ait exécuté ses obligations.

8. L'assemblée des membres du groupement est habilitée à prendre toute décision, y compris de dissolution anticipée ou de prorogation, dans les conditions déterminées par le contrat. Celui-ci peut prévoir que toutes les décisions ou certaines d'entre elles seront prises aux conditions de quorum et de majorité qu'il fixe ; dans le silence du contrat, les décisions sont prises à l'unanimité.

Le contrat peut aussi attribuer à chaque membre un nombre de voix différent de celui attribué aux autres ; à défaut, chaque membre dispose d'une voix.

L'assemblée est obligatoirement réunie à la demande d'un quart au moins du nombre des membres du groupement.

9. (L. n° 89-377 du 13 juin 1989) « Le groupement est administré par une ou plusieurs personnes. Une personne morale peut être nommée administrateur du groupement sous réserve qu'elle désigne un représentant permanent, qui encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son nom propre. Le ou les administrateurs du groupement, et le représentant permanent de la personne morale nommée administrateur sont responsables, individuellement ou solidairement selon le cas, envers le groupement ou envers les tiers, des infractions aux dispositions législatives et réglementaires applicables aux groupements, de la violation des statuts du groupement, ainsi que de leurs fautes de gestion. Si plusieurs administrateurs ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage ». Sous cette réserve, le contrat de groupement ou, à défaut, l'assemblée des membres organise librement l'administration du groupement et nomme les administrateurs dont il détermine les attributions, les pouvoirs et les conditions de révocation.

Dans les rapports avec les tiers, un administrateur engage le groupement par tout acte entrant dans l'objet de celui-ci. Toute limitation de pouvoirs est inopposable aux tiers.

10. Le contrôle de la gestion, qui doit être confié à des personnes physiques, et le contrôle des comptes sont exercés dans les conditions prévues par le contrat constitutif du groupement.

(L. n° 84-148 du 1^{er} mars 1984) « Toutefois, lorsqu'un groupement émet des obligations dans les conditions prévues à l'article 5, le contrôle de la gestion doit être exercé par une ou plusieurs personnes physiques nommées par l'assemblée ; la durée de leurs fonctions et leurs pouvoirs sont déterminés dans le contrat.

« Le contrôle des comptes dans les groupements visés à l'alinéa précédent et, dans les groupements qui comptent cent salariés ou plus à la clôture d'un exercice doit être exercé par un ou plusieurs commissaires aux comptes choisis sur la liste visée à l'article 219 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 modifiée sur les sociétés commerciales et nommés par l'assemblée pour une durée de six exercices. Les

dispositions de ladite loi concernant les incompatibilités, les pouvoirs, les fonctions, les obligations, la responsabilité, la récusation, la révocation, la rémunération du commissaire aux comptes des sociétés anonymes ainsi que les sanctions prévues par l'article 457 de la loi du 24 juillet 1966 susvisée sont applicables aux commissaires des groupements d'intérêt économique, sous réserve des règles propres à ceux-ci.

« Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, les dispositions des articles 455, 456 et 458, 470 à 479 de la loi précitée du 24 juillet 1966 sont applicables aux dirigeants du groupement, aux personnes physiques dirigeants des sociétés membres ou représentants permanents des personnes morales dirigeants de ces sociétés. » — *V. infra, note ss. art. 10-4.*

10-1. (L. n° 84-148 du 1^{er} mars 1984) Dans les groupements (L. n° 88-15 du 5 janv. 1988) « qui répondent à l'un des critères définis à l'article 340-1 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales », les administrateurs sont tenus d'établir une situation de l'actif réalisable et disponible, valeurs d'exploitation exclues, et du passif exigible, un compte de résultat prévisionnel, un tableau de financement en même temps que le bilan annuel et un plan de financement prévisionnel.

Un décret en Conseil d'État précisera la périodicité, les délais et les modalités d'établissement de ces documents. — *V. infra, note ss. art. 10-4.*

10-2. (L. n° 84-148 du 1^{er} mars 1984) Les documents visés à l'article 10-1 sont analysés dans des rapports écrits sur l'évolution du groupement établis par les administrateurs. Les documents et rapports sont communiqués au commissaire aux comptes et au comité d'entreprise.

En cas de non-observation des dispositions de l'article 10-1 et de l'alinéa précédent, ou si les informations données dans les rapports visés à l'alinéa précédent appellent des observations de sa part, le commissaire aux comptes le signale dans un rapport aux administrateurs ou dans le rapport annuel. Il peut demander que son rapport soit adressé aux membres du groupement ou qu'il en soit donné connaissance à l'assemblée de ceux-ci. Ce rapport est communiqué au comité d'entreprise. — *V. infra, note ss. art. 10-4.*

10-3. (L. n° 84-148 du 1^{er} mars 1984) Le commissaire aux comptes demande par écrit des explications aux administrateurs qui sont tenus de répondre, dans les conditions et délais fixés par décret en Conseil d'État, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation qu'il a relevé à l'occasion de sa mission. La réponse est communiquée au comité d'entreprise.

En cas d'inobservation de ces dispositions ou si, en dépit des décisions prises, il constate que la continuité de l'exploitation demeure compromise, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial. Il peut demander que ce rapport soit adressé aux membres du groupement ou qu'il soit présenté à la prochaine assemblée. Ce rapport est communiqué au comité d'entreprise. — *V. infra, note ss. art. 10-4.*

10-4. (L. n° 84-148 du 1^{er} mars 1984) Le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel exercent dans les groupements d'intérêt économique les attributions prévues aux articles L. 422-4 et L. 432-5 du Code du travail.

Les administrateurs communiquent au commissaire aux comptes les demandes d'explication formées par le comité d'entreprise ou les délégués du personnel, les rapports qui leur sont adressés et les réponses qu'ils ont faites en application des articles L. 422-4 et L. 432-5 du Code du travail. — *V. note ci-dessous.*

Les dispositions de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 sont entrées en vigueur le 1^{er} mars 1985 (V. art. 62 de la loi). — Pour l'application des art. 10 à 10-4 ci-dessus, V. infra, Décr. n° 85-295 du 1^{er} mars 1985, art. 19 à 21.

11. Les actes et documents émanant du groupement et destinés aux tiers, notamment les lettres, factures, annonces et publications diverses, doivent indiquer lisiblement la dénomination du groupement (L. n° 89-377 du 13 juin 1989) « suivie des mots : "groupement d'intérêt économique" ou du sigle : "G.I.E." ».

Toute infraction aux dispositions de l'alinéa ci-dessus est punie d'une amende de 2 000 F à 15 000 F.

12. Toute société ou association dont l'objet correspond à la définition du groupement d'intérêt économique peut être transformée en un tel groupement sans donner lieu à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle.

(L. n° 89-377 du 13 juin 1989) « Un groupement d'intérêt économique peut être transformé en société en nom collectif sans donner lieu à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle. »

Pour la transformation d'un groupement d'intérêt économique en groupement européen d'intérêt économique, V. L. n° 89-377 du 13 juin 1989, art. 8, infra. — Pour la transformation en société coopérative artisanale, V. L. n° 83-657 du 20 juill. 1983, art. 30 s., supra, v° Artisans.

13. Le groupement d'intérêt économique est dissous :

- 1° Par l'arrivée du terme ;
- 2° Par la réalisation ou l'extinction de son objet ;
- 3° Par la décision de ses membres dans les conditions prévues à l'article 8 ;
- 4° Par décision judiciaire, pour de justes motifs ;
- 5° Par le décès d'une personne physique ou par la dissolution d'une personne morale, membre du groupement, sauf stipulation contraire du contrat.

14. Si l'un des membres est frappé d'incapacité, de faillite personnelle ou de l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise commerciale, quelle qu'en soit la forme, ou une personne morale de droit privé non commerçante, le groupement est dissous, à moins que sa continuation ne soit prévue par le contrat ou que les autres membres ne la décident à l'unanimité.

15. La dissolution du groupement d'intérêt économique entraîne sa liquidation. La personnalité du groupement subsiste pour les besoins de la liquidation.

16. La liquidation s'opère conformément aux dispositions du contrat. A défaut, un liquidateur est nommé par l'assemblée des membres du groupement ou, si l'assemblée n'a pu procéder à cette nomination, par décision de justice.

Après paiement des dettes, l'excédent d'actif est réparti entre les membres dans les conditions prévues par le contrat ; à défaut, la répartition est faite par parts égales.

17. (L. n° 89-377 du 13 juin 1989) « L'appellation "groupement d'intérêt économique" et le sigle "G.I.E." ne peuvent être utilisés que par les groupements soumis aux dispositions de la présente ordonnance. L'emploi illicite de cette appellation, de ce sigle ou de toute expression de nature à prêter à confusion avec ceux-ci est puni d'un emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de 1 500 F à 40 000 F, ou de l'une de ces deux peines seulement. »

Le tribunal pourra, en outre, ordonner la publication du jugement, aux frais du condamné, dans trois journaux au maximum et son affichage dans les conditions prévues à l'article 50-1 [51] du Code pénal.

18 à 21. (*Dispositions fiscales*).

22. A l'exception des articles 18 à 21, la présente ordonnance est applicable aux territoires d'outre-mer de la Nouvelle-Calédonie, de la Polynésie française, des Comores, de Saint-Pierre et Miquelon et de Wallis et Futuna. — *Les dispositions modificatives issues de la loi n° 89-377 du 13 juin 1989 sont applicables aux territoires d'outre-mer et à la collectivité territoriale de Mayotte (art. 25 de la loi).*

Décret n° 85-295 du 1^{er} mars 1985,

Pris pour l'application de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises.

CHAPITRE II. — Dispositions applicables aux groupements d'intérêt économique.

Art. 19. Le groupement d'intérêt économique cesse d'être assujéti à l'obligation de désigner un commissaire aux comptes en application des dispositions du troisième alinéa de l'article 10 de l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 dès lors qu'il compte moins de cent salariés pendant les deux exercices précédant l'expiration de son mandat.

20. (*Décr. n° 88-418 du 22 avr. 1988*) « Les dispositions des articles 244 à 244-5 » du décret n° 67-236 du 23 mars 1967 modifié sur les sociétés commerciales sont applicables au groupement d'intérêt économique. Toutefois, les documents mentionnés à l'article 244-1 ainsi que les rapports mentionnés à l'article 244-2 sont établis par les administrateurs auxquels le commissaire aux comptes communique, le cas échéant, ses observations. — *V. ce texte, infra, v° Sociétés commerciales.*

Al. 2 abrogé par Décr. n° 88-418 du 22 avr. 1988, art. 28-II.

Lorsque le commissaire aux comptes demande par lettre recommandée avec demande d'avis de réception que son rapport prévu à l'article 244-5 du décret du 23 mars 1967 précité soit communiqué aux membres du groupement, les administrateurs procèdent à cette communication dans les huit jours de la réception de la demande. Le rapport est communiqué au comité d'entreprise dans le même délai.

21. La demande d'explication prévue à l'article 230-2 de la loi sur les sociétés commerciales que le commissaire aux comptes adresse aux administrateurs porte sur tout fait qu'il relève lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués ou sur tout fait dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission. — *V. L. n° 66-537 du 24 juill. 1966, art. 230-2, infra, v° Sociétés commerciales.*

Les administrateurs répondent par lettre recommandée avec demande d'avis de réception dans le mois qui suit la réception de la demande d'explication et adressent copie de la demande et de leur réponse dans les mêmes formes et les mêmes délais au comité d'entreprise. Dans leur réponse, ils donnent une analyse de la situation et précisent, le cas échéant, les mesures envisagées.

Lorsque le commissaire aux comptes demande par lettre recommandée avec demande d'avis de réception que le rapport qu'il a rédigé conformément au deuxième alinéa de l'article 230-2 de la loi sur les sociétés commerciales soit communiqué aux membres du groupement, les administrateurs procèdent à cette communication dans les huit jours qui suivent la réception de la demande. Le rapport est communiqué au comité d'entreprise dans le même délai.

J. Guyénot, *Commentaire*, D. 1969. L. 187 et 389. — C. Lavabre, *Le groupement d'intérêt économique*, D. 1969. Chron., p. 35 ; *Centres commerciaux, commerçants indépendants et groupement d'intérêt économique*, D. 1970. Chron., p. 101 ; note au D. 1970. 358 ; *De la participation des sociétés coopératives agricoles à des groupements d'intérêt économique*, D. 1973. Chron., p. 223 ; *Le refus aux groupements d'intérêt économique du bénéfice du statut des baux commerciaux*, note au D. 1974. 123. — J. Guyénot, *Les groupements d'intérêt économique et les créances des tiers*, D. 1972. Chron., p. 13. — Y. Guyon, *Les groupements d'intérêt économique dans le commerce de détail après les lois du 11 juill. 1972*, D. 1973. Chron., p. 91 ; *La loi du 13 juin 1989 sur le groupement français et le groupement européen d'intérêt économique*, A.L.D. 1989. 169. — J. J. Burst, *Une personnalité morale ambiguë : la personnalité morale du groupement d'intérêt économique*, J.C.P. 1976. I. 2783.

Règlement C.E.E. n° 2137-85 du 25 juillet 1985,

Relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (G.E.I.E.)
(J.O. C.E. n° L 199 du 31 juill.).

Art. 1^{er}. 1. Les groupements européens d'intérêt économique sont constitués dans les conditions, selon les modalités et avec les effets prévus par le présent règlement.

A cette fin, ceux qui entendent constituer un groupement doivent conclure un contrat et faire procéder à l'immatriculation prévue à l'article 6.

2. Le groupement ainsi constitué a la capacité, en son propre nom, d'être titulaire de droits et d'obligations de toute nature, de passer des contrats ou d'accomplir d'autres actes juridiques et d'ester en justice, à dater de l'immatriculation prévue à l'article 6.

3. Les États membres déterminent si les groupements immatriculés à leurs registres en vertu de l'article 6 ont ou non la personnalité juridique. — *V. infra, L. n° 89-377 du 13 juin 1989, art. 1^{er}.*

2. 1. Sous réserve des dispositions du présent règlement, la loi applicable, d'une part au contrat de groupement, sauf pour les questions relatives à l'état et à la capacité des personnes physiques et à la capacité des personnes morales, d'autre part au fonctionnement interne du groupement, est la loi interne de l'État du siège fixé par le contrat de groupement.

2. Lorsqu'un État comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles applicables aux matières visées au paragraphe 1, chaque unité territoriale est considérée comme un État aux fins de la détermination de la loi applicable selon le présent article.

3. 1. Le but du groupement est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité; il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même.

Son activité doit se rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci.

2. En conséquence, le groupement ne peut :

a) exercer, directement ou indirectement, le pouvoir de direction ou de contrôle des activités propres de ses membres ou des activités d'une autre entreprise, notamment dans les domaines relatifs au personnel, aux finances et aux investissements ;

b) détenir, directement ou indirectement, à quelque titre que ce soit, aucune part ou action, quelle qu'en soit la forme, dans une entreprise membre ; la détention de parts ou d'actions dans une autre entreprise n'est possible que dans la mesure où elle est nécessaire pour atteindre l'objectif du groupement et où elle a lieu pour le compte de ses membres ;

c) employer plus de cinq cents salariés ;

d) être utilisé par une société pour faire un prêt à un dirigeant d'une société, ou à toute personne liée à lui, lorsque de tels prêts sont sujets à restriction ou à contrôle selon les lois des États membres applicables aux sociétés ; un groupement ne doit pas non plus être utilisé pour le transfert d'un bien entre une société et un dirigeant, ou toute personne liée à lui, sauf dans la mesure permise par les lois des États membres applicables aux sociétés. Aux fins de la présente disposition, le prêt englobe toute opération d'effet similaire et le bien peut avoir un caractère mobilier ou immobilier ;

e) être membre d'un autre groupement européen d'intérêt économique.

4. 1. Peuvent seules être membres d'un groupement :

a) les sociétés, au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, ainsi que les autres entités juridiques de droit public ou privé, constituées en conformité avec la législation d'un État membre, qui ont leur siège statutaire ou légal et leur administration centrale dans la Communauté ; lorsque, selon la législation d'un État membre, une société ou autre entité juridique n'est pas tenue d'avoir un siège statutaire ou légal, il suffit que cette société ou autre entité juridique ait son administration centrale dans la Communauté ;

b) les personnes physiques exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole, de profession libérale ou d'autres services dans la Communauté.

2. Un groupement doit être composé au moins :

a) de deux sociétés ou autres entités juridiques, au sens du paragraphe 1, ayant leur administration centrale dans des États membres différents ;

b) de deux personnes physiques, au sens du paragraphe 1, exerçant leur activité à titre principal dans des États membres différents ;

c) au sens du paragraphe 1, d'une société ou d'une autre entité juridique et d'une personne physique, dont la première a son administration centrale dans un État membre et la seconde exerce son activité à titre principal dans un État membre différent.

3. Un État membre peut prévoir que les groupements immatriculés à ses registres conformément à l'article 6 ne peuvent avoir plus de vingt membres. A cette fin, cet État membre peut prévoir que, conformément à sa législation, chaque membre d'une entité juridique constituée en conformité avec sa législation, autre qu'une société immatriculée, soit traité comme membre individuel du groupement.

4. Tout État membre est autorisé à exclure ou restreindre, pour des raisons tenant à son intérêt public, la participation de certaines catégories de personnes physiques, de sociétés ou d'autres entités juridiques à tout groupement.

5. Doivent figurer dans le contrat de groupement, au moins :

a) la dénomination du groupement précédée ou suivie, soit des mots « groupement européen d'intérêt économique », soit du sigle « GEIE », à moins que ces mots ou ce sigle ne figurent déjà dans la dénomination ;

b) le siège du groupement ;

c) l'objet en vue duquel le groupement est formé ;

d) les nom, raison ou dénomination sociale, la forme juridique, le domicile ou siège social et, le cas échéant, le numéro et le lieu d'immatriculation de chacun des membres du groupement ;

e) la durée du groupement, lorsqu'elle n'est pas indéterminée.

6. Le groupement est immatriculé dans l'État du siège au registre désigné en vertu de l'article 39 paragraphe 1.

7. Le contrat de groupement est déposé au registre visé à l'article 6.

Doivent également faire l'objet d'un dépôt à ce registre les actes et indications suivants :

a) toute modification du contrat de groupement, y compris tout changement dans la composition du groupement ;

b) la création et la suppression de tout établissement du groupement ;

c) la décision judiciaire constatant ou prononçant la nullité du groupement, conformément à l'article 15 ;

d) la nomination du ou des gérants du groupement, leur nom et tout autre renseignement d'identité exigé par la loi de l'État membre dans lequel le registre est tenu, l'indication qu'ils peuvent agir seuls ou doivent agir conjointement, ainsi que la cessation de leurs fonctions ;

e) toute cession par un membre de sa participation dans le groupement ou d'une fraction de celle-ci, conformément à l'article 22 paragraphe 1 ;

f) la décision des membres prononçant ou constatant la dissolution du groupement, conformément à l'article 31, ou la décision judiciaire prononçant cette dissolution, conformément aux articles 31 ou 32 ;

g) la nomination du ou des liquidateurs du groupement visés à l'article 35, leur nom et tout autre renseignement d'identité exigé par la loi de l'État membre dans lequel le registre est tenu, ainsi que la cessation de leurs fonctions ;

h) la clôture de la liquidation du groupement, visée à l'article 35 paragraphe 2 ;

i) le projet de transfert de siège, visé à l'article 14 paragraphe 1 ;

j) la clause exonérant un nouveau membre du paiement des dettes nées antérieurement à son entrée, conformément à l'article 26 paragraphe 2.

8. Doivent faire l'objet d'une publication, dans les conditions prévues à l'article 39, au bulletin visé au paragraphe 1 de cet article :

a) les mentions devant obligatoirement figurer dans le contrat de groupement en vertu de l'article 5, ainsi que leurs modifications ;

b) le numéro, la date et le lieu d'immatriculation, ainsi que la radiation de l'immatriculation ;

c) les actes et indications visés à l'article 7 points b) à j).

Les indications visées aux points a) et b) doivent faire l'objet d'une publication intégrale. Les actes et indications visés au point c) peuvent faire l'objet d'une publication soit intégrale, soit sous forme d'extrait ou de mention de leur dépôt au registre, selon la législation nationale applicable.

9. 1. Les actes et indications soumis à publication par le présent règlement sont opposables aux tiers par le groupement dans les conditions prévues par le droit national applicable, conformément à l'article 3 paragraphes 5 et 7 de la directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968 [J.O. C.E. n° L 65 du 14 mars], tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers.

2. Si des actes ont été accomplis au nom d'un groupement avant son immatriculation conformément à l'article 6 et si le groupement ne reprend pas après son immatriculation les engagements résultant de tels actes, les personnes physiques, sociétés ou autres entités juridiques qui les ont accomplis en sont solidairement et indéfiniment responsables.

10. Tout établissement du groupement situé dans un État membre autre que celui du siège fait l'objet d'une immatriculation dans cet État. En vue de cette immatriculation, le groupement dépose au registre compétent de ce dernier une copie des documents dont le dépôt au registre de l'État membre du siège est obligatoire, accompagnée, si nécessaire, d'une traduction établie conformément aux usages existant au registre d'immatriculation de l'établissement. — *V. Arr. 20 juin 1989 relatif à l'immatriculation des G.E.I.E. au registre du commerce et des sociétés, art. 4 (D. et A.L.D. 1989. 215).*

11. La constitution et la clôture de la liquidation d'un groupement, avec indication du numéro, de la date et du lieu de l'immatriculation de celui-ci, ainsi que de la date, du lieu et du titre de la publication, sont publiées au *Journal officiel des Communautés européennes* après la publication au bulletin visé à l'article 39 paragraphe 1.

12. Le siège mentionné par le contrat de groupement doit être situé dans la Communauté.

Ce siège doit être fixé :

- a) soit au lieu où le groupement a son administration centrale ;
- b) soit au lieu où l'un des membres du groupement a son administration centrale ou, lorsqu'il s'agit d'une personne physique, son activité à titre principal, à condition que le groupement y ait une activité réelle.

13. Le siège du groupement peut être transféré à l'intérieur de la Communauté.

Lorsque ce transfert n'a pas pour conséquence un changement de la loi applicable en vertu de l'article 2, la décision de transfert est prise dans les conditions prévues au contrat de groupement.

14. 1. Lorsque le transfert du siège a pour conséquence un changement de la loi applicable en vertu de l'article 2, un projet de transfert doit être établi et faire l'objet d'un dépôt et d'une publication dans les conditions prévues aux articles 7 et 8.

La décision de transfert ne peut intervenir que deux mois après la publication dudit projet. Elle doit être prise à l'unanimité des membres du groupement. Le transfert prend effet à la date à laquelle le groupement est immatriculé, conformément à l'article 6, au registre du nouveau siège. Cette immatriculation ne peut s'effectuer que sur preuve de la publication du projet de transfert du siège.

2. La radiation de l'immatriculation du groupement au registre du précédent siège ne peut s'effectuer que sur preuve de l'immatriculation du groupement au registre du nouveau siège.

3. La publication de la nouvelle immatriculation du groupement rend le nouveau siège opposable aux tiers dans les conditions visées à l'article 9 paragraphe 1 ; toutefois, tant que la publication de la radiation de l'immatriculation au registre du précédent siège n'a pas eu lieu, les tiers peuvent continuer de se prévaloir de l'ancien siège, à moins que le groupement ne prouve que les tiers avaient connaissance du nouveau siège.

4. La législation d'un État membre peut prévoir, en ce qui concerne les groupements immatriculés dans ce dernier conformément à l'article 6, qu'un transfert du siège, dont résulterait un changement de la loi applicable, ne prend pas effet si, dans le délai de deux mois visé au paragraphe 1, une autorité compétente de cet État s'y oppose. Cette opposition ne peut avoir lieu que pour des raisons d'intérêt public. Elle doit être susceptible de recours devant une autorité judiciaire.

15. 1. Lorsque la loi applicable au groupement en vertu de l'article 2 prévoit la nullité du groupement, cette nullité doit être constatée ou prononcée par décision judiciaire. Toutefois, le tribunal saisi doit, lorsqu'une régularisation de la situation du groupement est possible, accorder un délai permettant de procéder à cette régularisation.

2. La nullité du groupement entraîne la liquidation de celui-ci dans les conditions prévues à l'article 35.

3. La décision constatant ou prononçant la nullité du groupement est opposable aux tiers dans les conditions visées à l'article 9 paragraphe 1.

Cette décision ne porte pas atteinte par elle-même à la validité des obligations nées à la charge ou au profit du groupement antérieurement à la date à laquelle elle devient opposable aux tiers dans les conditions visées à l'alinéa précédent. — *V. infra, L. n° 89-377 du 13 juin 1989, art. 9.*

16. 1. Les organes du groupement sont les membres agissant collégialement et le ou les gérants.

Le contrat de groupement peut prévoir d'autres organes ; il en détermine alors les pouvoirs.

2. Les membres du groupement, agissant en tant qu'organe, peuvent prendre toute décision en vue de la réalisation de l'objet du groupement. — *V. infra, L. n° 89-377 du 13 juin 1989, art. 4.*

17. 1. Chaque membre dispose d'une voix. Le contrat de groupement peut toutefois attribuer plusieurs voix à certains membres, à condition qu'aucun d'eux ne détienne la majorité des voix.

2. Les membres ne peuvent décider qu'à l'unanimité de :

- a) modifier l'objet du groupement ;
- b) modifier le nombre de voix attribué à chacun d'eux ;
- c) modifier les conditions de la prise de décision ;
- d) proroger la durée du groupement au-delà du terme fixé dans le contrat de groupement ;
- e) modifier la part contributive de chacun des membres ou de certains d'entre eux au financement du groupement ;
- f) modifier toute autre obligation d'un membre, à moins que le contrat de groupement n'en dispose autrement ;
- g) procéder à toute modification du contrat de groupement non visée au présent paragraphe, à moins que ce contrat n'en dispose autrement.

3. Dans tous les cas où le présent règlement ne prévoit pas que les décisions doivent être prises à l'unanimité, le contrat de groupement peut déterminer les conditions de quorum et de majorité dans lesquelles les décisions, ou certaines d'entre elles, seront prises. Dans le silence du contrat, les décisions sont prises à l'unanimité.

4. A l'initiative d'un gérant ou à la demande d'un membre, le ou les gérants doivent organiser une consultation des membres afin que ces derniers prennent une décision.

18. Chaque membre a le droit d'obtenir des gérants des renseignements sur les affaires du groupement et de prendre connaissance des livres et documents d'affaires.

19. 1. Le groupement est géré par une ou plusieurs personnes physiques nommées dans le contrat de groupement ou par une décision des membres.

Ne peuvent être gérants d'un groupement les personnes qui :

- selon la loi qui leur est applicable,
 - ou
 - selon la loi interne de l'État du siège du groupement,
 - ou
 - à la suite d'une décision judiciaire ou administrative rendue ou reconnue dans un État membre,
- ne peuvent faire partie de l'organe d'administration ou de direction d'une société, ne peuvent gérer une entreprise ou ne peuvent agir en qualité de gérant d'un groupement européen d'intérêt économique.

2. Un État membre peut prévoir, pour les groupements immatriculés à ses registres en vertu de l'article 6, qu'une personne morale peut être gérant, à condition qu'elle désigne un ou des représentants, personnes physiques, qui doivent faire l'objet de la mention prévue à l'article 7 point d). — *V. infra, L. n° 89-377 du 13 juin 1989, art. 6.*

Si un État membre exerce cette option, il doit prévoir que ce ou ces représentants encourent la même responsabilité que s'ils étaient eux-mêmes gérants du groupement.

Les interdictions prévues au paragraphe 1 s'appliquent également à ces représentants.

3. Le contrat de groupement ou, à défaut, une décision unanime des membres détermine les conditions de nomination et de révocation du ou des gérants et fixe leurs pouvoirs.

20. 1. A l'égard des tiers, seul le gérant ou, s'ils sont plusieurs, chacun des gérants représente le groupement.

Chacun des gérants engage le groupement envers les tiers lorsqu'il agit au nom du groupement, même si ses actes ne relèvent pas de l'objet de celui-ci, à moins que le groupement ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait les limites de l'objet du groupement ou ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication de la mention visée à l'article 5 point c) suffise à constituer cette preuve.

Toute limitation, apportée par le contrat de groupement ou par une décision des membres, aux pouvoirs du ou des gérants est inopposable aux tiers, même si elle est publiée.

2. Le contrat de groupement peut prévoir que le groupement n'est valablement engagé que par deux ou plusieurs gérants agissant conjointement. Cette clause n'est opposable aux tiers, dans les conditions visées à l'article 9 paragraphe 1, que si elle est publiée conformément à l'article 8.

21. 1. Les bénéfices provenant des activités du groupement sont considérés comme bénéfices des membres et répartis entre eux dans la proportion prévue au contrat de groupement ou, à défaut, par parts égales.

2. Les membres du groupement contribuent au règlement de l'excédent des dépenses sur les recettes dans la proportion prévue au contrat de groupement ou, à défaut, par parts égales.

22. 1. Tout membre du groupement peut céder sa participation dans le groupement, ou une fraction de celle-ci, soit à un autre membre, soit à un tiers ; l'effet de la cession est subordonné à une autorisation donnée à l'unanimité par les autres membres.

2. Un membre du groupement ne peut constituer une sûreté sur sa participation dans le groupement qu'après autorisation donnée à l'unanimité par les autres membres, à moins que le contrat de groupement n'en dispose autrement. Le titulaire de la sûreté ne peut, à aucun moment, devenir membre du groupement du fait de cette sûreté.

23. Le groupement ne peut faire publiquement appel à l'épargne. — *V. infra, L. n° 89-377 du 13 juin 1989, art. 10.*

24. 1. Les membres du groupement répondent indéfiniment et solidairement des dettes de toute nature de celui-ci. La loi nationale détermine les conséquences de cette responsabilité. — *Sur la responsabilité des gérants, V. infra, L. n° 89-377 du 13 juin 1989, art. 5.*

2. Jusqu'à la clôture de la liquidation du groupement, les créanciers du groupement ne peuvent poursuivre le paiement des dettes contre un membre, dans les conditions prévues au paragraphe 1, qu'après avoir demandé au groupement de payer et que si le paiement n'a pas été effectué dans un délai suffisant.

25. Les lettres, notes de commande et documents similaires doivent indiquer lisiblement :

a) la dénomination du groupement précédée ou suivie, soit des mots « groupement européen d'intérêt économique », soit du sigle « GEIE », à moins que ces mots ou ce sigle ne figurent déjà dans la dénomination ;

b) le lieu du registre visé à l'article 6 où le groupement est immatriculé, ainsi que le numéro d'inscription du groupement à ce registre ;

c) l'adresse du siège du groupement ;

d) le cas échéant, la mention que les gérants doivent agir conjointement ;

e) le cas échéant, la mention que le groupement est en liquidation en vertu des articles 15, 31, 32 ou 36.

Tout établissement du groupement, lorsqu'il est immatriculé conformément à l'article 10, doit faire figurer les indications visées ci-dessus, accompagnées de celles relatives à sa propre immatriculation, sur les documents visés au premier alinéa du présent article qui émanent de cet établissement. — *V. infra, L. n° 89-377 du 13 juin 1989, art. 11.*

26. 1. La décision d'admettre de nouveaux membres est prise à l'unanimité des membres du groupement.

2. Tout nouveau membre répond, dans les conditions prévues à l'article 24, des dettes du groupement, y compris celles découlant de l'activité du groupement antérieure à son entrée.

Il peut toutefois être exonéré, par une clause du contrat de groupement ou de l'acte d'admission, du paiement des dettes nées antérieurement à son entrée. Cette clause n'est opposable aux tiers, dans les conditions visées à l'article 9 paragraphe 1, que si elle est publiée conformément à l'article 8.

27. 1. La démission d'un membre du groupement est possible dans les conditions prévues au contrat de groupement ou, à défaut, avec l'accord unanime des autres membres.

Tout membre du groupement peut, en outre, démissionner pour juste motif.

2. Tout membre du groupement peut être exclu pour des motifs énumérés dans le contrat de groupement et, en tout cas, lorsqu'il contrevient gravement à ses obligations ou lorsqu'il cause ou menace de causer des troubles graves dans le fonctionnement du groupement.

Cette exclusion ne peut avoir lieu que sur décision du tribunal prise à la demande conjointe de la majorité des autres membres, à moins que le contrat de groupement n'en dispose autrement.

28. 1. Tout membre du groupement cesse d'en faire partie au moment de son décès ou au moment où il ne répond plus aux conditions fixées à l'article 4 paragraphe 1.

En outre, un État membre peut prévoir, pour les besoins de sa législation en matière de liquidation, de dissolution, d'insolvabilité ou de cessation des paiements, qu'un membre d'un groupement cesse d'en faire partie au moment fixé par ladite législation.

2. En cas de décès d'une personne physique membre du groupement, nul ne peut prendre sa place dans le groupement si ce n'est dans les conditions prévues au contrat de groupement ou, à défaut, avec l'accord unanime des membres restants.

29. Dès qu'un membre cesse de faire partie du groupement, le ou les gérants doivent notifier cette situation aux autres membres ; ils doivent également mettre en œuvre les obligations appropriées énoncées aux articles 7 et 8. En outre, tout intéressé peut mettre en œuvre lesdites obligations.

30. Sauf disposition contraire du contrat de groupement et sans préjudice des droits acquis par une personne en vertu de l'article 22 paragraphe 1 ou de l'article 28 paragraphe 2, le groupement subsiste entre les membres restants, après qu'un membre a cessé d'en faire partie, dans les conditions prévues par le contrat de groupement ou déterminées par une décision unanime des membres considérés.

31. 1. Le groupement peut être dissous par une décision de ses membres prononçant cette dissolution. Cette décision est prise à l'unanimité, à moins que le contrat de groupement n'en dispose autrement.

2. Le groupement doit être dissous par une décision de ses membres :

a) constatant l'arrivée du terme fixé dans le contrat de groupement ou de toute autre cause de dissolution prévue par ce contrat,

ou

b) constatant la réalisation de l'objet du groupement ou l'impossibilité de le poursuivre.

Si, trois mois après la survenance d'une des situations visées à l'alinéa précédent, la décision des membres constatant la dissolution du groupement n'a pas été prise, tout membre peut demander au tribunal de prononcer cette dissolution.

3. Le groupement doit également être dissous par une décision de ses membres ou du membre restant lorsque les conditions de l'article 4 paragraphe 2 ne sont plus remplies.

4. Après dissolution du groupement par une décision de ses membres, le ou les gérants doivent mettre en œuvre les obligations appropriées énoncées aux articles 7 et 8. En outre, tout intéressé peut mettre en œuvre lesdites obligations.

32. 1. A la demande de tout intéressé ou d'une autorité compétente, le tribunal doit prononcer la dissolution du groupement en cas de violation des articles 3 ou 12 ou de l'article 31 paragraphe 3, à moins qu'une régularisation de la situation du groupement ne soit possible et n'intervienne avant qu'il ait été statué sur le fond.

2. Sur demande d'un membre, le tribunal peut prononcer la dissolution du groupement pour juste motif.

3. Un État membre peut prévoir que le tribunal peut, sur demande d'une autorité compétente, prononcer la dissolution d'un groupement ayant son siège dans l'État dont relève cette autorité dans tous les cas où le groupement, par son activité, contrevient à l'intérêt public de cet État, si une telle possibilité existe dans la législation de ce dernier pour des sociétés immatriculées ou d'autres entités juridiques soumises à cette législation.

L'autorité compétente pour saisir le tribunal de grande instance ou le tribunal de commerce, selon le cas, en application de l'art. 32-1 ci-dessus, est le procureur de la République (Décr. n° 90-72 du 17 janv. 1990, art. 1^{er}).

33. Lorsqu'un membre cesse de faire partie du groupement pour une cause autre que la cession de ses droits dans les conditions prévues à l'article 22 paragraphe 1, la valeur des droits qui lui reviennent ou des obligations qui lui incombent est déterminée sur la base du patrimoine du groupement tel qu'il se présente au moment où ce membre cesse d'en faire partie.

La valeur des droits et obligations du membre sortant ne peut être fixée forfaitairement à l'avance.

34. Sans préjudice de l'article 37 paragraphe 1, tout membre qui cesse de faire partie du groupement reste tenu, dans les conditions prévues à l'article 24, des dettes découlant de l'activité du groupement antérieure à la cessation de sa qualité de membre.

- 35.** 1. La dissolution du groupement entraîne sa liquidation.
 2. La liquidation du groupement et la clôture de cette liquidation sont régies par le droit national.
 3. La capacité du groupement, au sens de l'article 1^{er} paragraphe 2, subsiste jusqu'à la clôture de la liquidation.
 4. Le ou les liquidateurs mettent en œuvre les obligations appropriées énoncées aux articles 7 et 8.

36. Les groupements européens d'intérêt économique sont soumis aux dispositions du droit national régissant l'insolvabilité et la cessation des paiements. L'ouverture d'une procédure à l'encontre d'un groupement en raison de son insolvabilité ou de sa cessation des paiements n'entraîne pas d'elle-même l'ouverture d'une telle procédure à l'encontre des membres de ce groupement.

37. 1. Est substitué à tout délai plus long éventuellement prévu par le droit national applicable, le délai de prescription de cinq ans à compter de la publication, conformément à l'article 8, du départ d'un membre du groupement pour les actions contre ce membre relatives aux dettes qui découlent de l'activité du groupement antérieure à la cessation de sa qualité de membre.

2. Est substitué à tout délai plus long éventuellement prévu par le droit national applicable, le délai de prescription de cinq ans à compter de la publication, conformément à l'article 8, de la clôture de la liquidation du groupement pour les actions contre un membre du groupement relatives aux dettes qui découlent de l'activité de ce groupement.

38. Lorsqu'un groupement exerce, dans un État membre, une activité qui contrevient à l'intérêt public de cet État, une autorité compétente de celui-ci peut interdire cette activité. La décision de l'autorité compétente doit être susceptible de recours devant une autorité judiciaire.

39. 1. Les États membres désignent le ou les registres compétents pour procéder à l'immatriculation visée aux articles 6 et 10 et déterminent les règles applicables à celle-ci. Ils fixent les conditions dans lesquelles s'effectue le dépôt des documents visés aux articles 7 et 10. Ils s'assurent que les actes et indications visés à l'article 8 sont publiés dans le bulletin officiel approprié de l'État membre où le groupement a son siège, et prévoient éventuellement les modes de publication des actes et indications visés à l'article 8 point c). — *V. Arr. 20 juin 1989 relatif à l'immatriculation des G.E.I.E. au registre du commerce et des sociétés* (D. et A.L.D. 1989. 215), *mod. par Arr. 9 avr. 1990* (D. et A.L.D. 1990. 211).

En outre, les États membres s'assurent que chacun peut prendre connaissance, au registre compétent en vertu de l'article 6 ou, le cas échéant, de l'article 10, des documents visés à l'article 7 et en obtenir, même par la poste, copie intégrale ou partielle.

Les États membres peuvent prévoir le paiement des frais afférents aux opérations visées aux alinéas précédents, sans que le montant de ces frais puisse être supérieur au coût administratif.

2. Les États membres s'assurent que les indications qui doivent être publiées au *Journal officiel des Communautés européennes* en vertu de l'article 11 sont communiquées à l'Office des publications officielles des Communautés européennes dans le mois suivant la publication au bulletin officiel visé au paragraphe 1.

3. Les États membres prévoient les sanctions appropriées en cas de manquement aux dispositions des articles 7, 8 et 10 en matière de publicité et en cas de manquement aux dispositions de l'article 25. — *V. infra, L. n° 89-377 du 13 juin 1989, art. 1^{er}, 2, 9 et 11.*

40. Le résultat provenant de l'activité du groupement n'est imposable qu'au niveau de ses membres. — *V. C. gén. imp., art. 239 quater C.*

41. 1. Les États membres prennent les mesures requises en vertu de l'article 39 avant le 1^{er} juillet 1989. Ils les communiquent immédiatement à la Commission.

2. A titre d'information, les États membres communiquent à la Commission les catégories de personnes physiques, de sociétés et d'autres entités juridiques qu'ils excluent de la participation à un groupement conformément à l'article 4 paragraphe 4.

La Commission en informe les autres États membres.

42. (*Institution auprès de la Commission d'un comité de contact*).

43. Le présent règlement entre en vigueur le troisième jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel des Communautés européennes*.

Le présent règlement est applicable à partir du 1^{er} juillet 1989, à l'exception des articles 39, 41 et 42 qui sont applicables dès l'entrée en vigueur du présent règlement.

Groupements d'intérêt économique, 1. Groupements européens d'intérêt économique, Statut (art. 1er à 13). 2. Régime, Modifications (art. 14 à 24). - Commissaires aux comptes, Infractions, Groupements européens d'intérêt économique, Sanctions (art. 13). - Baux commerciaux, Statut, Champ d'application, Groupements d'intérêt économique (art. 17). - Territoires d'Outre-mer, Groupements d'intérêt économique, Dispositions applicables (art 25).

LOI N° 89-377 DU 13 JUIN 1989

Relative aux groupements européens d'intérêt économique et modifiant l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 sur les groupements d'intérêt économique (J.O. 15 juin, p. 7440) (1)

CHAPITRE Ier

Dispositions relatives aux groupements européens d'intérêt économique

Art. 1er. - Les groupements européens d'intérêt économique immatriculés en France au registre du commerce et des sociétés ont la personnalité juridique dès leur immatriculation.

Art. 2. - Les groupements européens d'intérêt économique ont un caractère civil ou commercial selon leur objet. L'immatriculation n'emporte pas présomption de commercialité d'un groupement.

Art. 3. - Les droits des membres du groupement ne peuvent être représentés par des titres négociables.

Art. 4. - Les décisions collégiales du groupement européen d'intérêt économique sont prises par l'assemblée des membres du groupement. Toutefois les statuts peuvent stipuler que ces décisions, ou certaines d'entre elles, pourront être prises sous forme de consultation écrite.

Art. 5. - Le ou les gérants d'un groupement européen d'intérêt économique sont responsables, individuellement ou solidairement selon le cas, envers le groupement ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables au groupement, soit des violations des statuts, soit de leurs fautes de gestion. Si plusieurs gérants ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage.

Art. 6. - Une personne morale peut être nommée gérant d'un groupement européen d'intérêt économique. Lors de sa nomination, elle est tenue de désigner un représentant permanent qui encourt les mêmes responsabilités civile et pénale

(1) Loi n° 89-377 - TRAVAUX PRÉPARATOIRES.-*Assemblée nationale* : Projet de loi n° 428 ; Rapport de M. Marc Dolez, au nom de la commission des lois, n° 547. Discussion et adoption, après déclaration d'urgence, le 5 avril 1989. — *Sénat* : Projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale en première lecture après déclaration d'urgence, n° 244 (1988-1989) ; Rapport de M. Pierre Dumas, au nom de la commission des affaires économiques, n° 258 (1988-1989) ; Discussion et adoption le 26 avril 1989. Rapport de M. Pierre Dumas, au nom de la commission mixte paritaire, n° 321 (1988-1989) ; Discussion et adoption le 26 mai 1989. - *Assemblée nationale* : Projet de loi, modifié par le Sénat, n° 638 ; Rapport de M. Marc Dolez, au nom de la commission mixte paritaire, n° 703 ; Discussion et adoption le 2 juin 1989, n° 108.

que s'il était gérant en son nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente.

Art. 7. - Les dispositions législatives applicables aux groupements d'intérêt économique relatives aux obligations comptables, au contrôle des comptes et à la liquidation sont applicables aux groupements européens d'intérêt économique.

Art. 8. - Toute société ou association, tout groupement d'intérêt économique peut être transformé en un groupement européen d'intérêt économique sans donner lieu à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle.

Un groupement européen d'intérêt économique peut être transformé en un groupement d'intérêt économique de droit français ou une société en nom collectif, sans donner lieu à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle.

Art. 9. - La nullité du groupement européen d'intérêt économique ainsi que des actes ou délibérations de celui-ci ne peut résulter que de la violation des dispositions impératives du règlement n° 2137-85 du 25 juillet 1985 du Conseil des communautés européennes, ou de la présente loi, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général.

L'action en nullité est éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, sauf si cette nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet du groupement.

Il est fait application des articles 1844-12 à 1844-17 du code civil.

Art. 10. - Les groupements européens d'intérêt économique ne peuvent, à peine de nullité des contrats conclus ou des titres émis, faire publiquement appel à l'épargne.

Sans préjudice des peines prévues à l'article 10-2 de l'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967 instituant une commission des opérations de bourse et relative à l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations de bourse, seront punis des peines prévues au premier alinéa de l'article 10 de ladite ordonnance le ou les gérants d'un groupement européen d'intérêt économique ou le représentant permanent d'une personne morale gérant d'un groupement européen d'intérêt économique qui auront fait appel public à l'épargne.

Art. 11. - L'utilisation dans les rapports avec les tiers de tous actes, lettres, notes et documents similaires ne comportant pas les mentions prescrites par l'article 25 du règlement n° 2137-85 du 25 juillet 1985 précité du Conseil des communautés européennes est punie des peines prévues à l'article 11 de l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 sur les groupements d'intérêt économique.

Art. 12. - L'appellation «groupement européen d'intérêt économique» et le sigle «G.E.I.E.» ne peuvent être utilisés que par les groupements soumis aux dispositions du règlement n° 2137-85 du 25 juillet 1985 précité du Conseil des communautés européennes. L'emploi illicite de cette appellation ou de ce sigle ou de toute expression de nature à prêter à confusion avec ceux-ci est puni des peines prévues à l'article 17 de l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 précitée.

Art. 13. - Les articles 456 et 457 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales sont applicables aux commissaires aux comptes des groupements européens d'intérêt économique. Les articles 455 et 458 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 précitée sont applicables aux dirigeants du groupement,

aux personnes physiques dirigeants des sociétés membres ou représentants permanents des personnes morales dirigeants de ces sociétés.

CHAPITRE II

Dispositions relatives aux groupements d'intérêt économique

Art. 14. - L'article 1er de l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 précitée est ainsi rédigé :

«**Art. 1er.** - Deux ou plusieurs personnes physiques ou morales peuvent constituer entre elles un groupement d'intérêt économique pour une durée déterminée.

«Le but du groupement est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité ; il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même.

«Son activité doit se rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci.»

Art. 15. - Après l'article 1er de l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 précitée, il est inséré un article 1er-1 ainsi rédigé :

«**Art. 1er-1.** - Les personnes exerçant une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé peuvent constituer un groupement d'intérêt économique ou y participer.»

Art. 16. - Le premier alinéa de l'article 2 de l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 précitée est ainsi rédigé :

«Le groupement d'intérêt économique peut être constitué sans capital.»

Art. 17. - L'article 3 de l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 précitée est complété par les dispositions suivantes :

«Le groupement d'intérêt économique dont l'objet est commercial peut faire de manière habituelle et à titre principal tous actes de commerce pour son propre compte. Il peut être titulaire d'un bail commercial.»

Art. 18. - L'article 3 de l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 précitée est complété par un alinéa ainsi rédigé :

«Les personnes qui ont agi au nom d'un groupement d'intérêt économique en formation avant qu'il ait acquis la jouissance de la personnalité morale seront tenues, solidairement et indéfiniment, des actes ainsi accomplis, à moins que le groupement, après avoir été régulièrement constitué et immatriculé, ne reprenne les engagements souscrits. Ces engagements sont alors réputés avoir été souscrits dès l'origine par le groupement.»

Art. 19. - Après l'article 3 de l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 précitée, il est inséré un article 3-1 ainsi rédigé :

«**Art. 3 -1** La nullité du groupement d'intérêt économique ainsi que des actes ou délibérations de celui-ci ne peut résulter que de la violation des dispositions impératives de la présente ordonnance, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général.

«L'action en nullité est éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, sauf si cette nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet du groupement.

«Les articles 1844-12 à 1844-17 du code civil sont applicables aux groupements d'intérêt économique.»

Art. 20. - Après la première phrase de l'article 4 de l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 précitée, sont insérées les dispositions suivantes :

«toutefois, un nouveau membre peut, si le contrat le permet, être exonéré des dettes nées antérieurement à son entrée dans le groupement. La décision d'exonération doit être publiée.»

Art. 21. - La première phrase du premier alinéa de l'article 9 de l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 précitée est remplacée par les dispositions suivantes :

«Le groupement est administré par une ou plusieurs personnes. Une personne morale peut être nommée administrateur du groupement sous réserve qu'elle désigne un représentant permanent, qui encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son nom propre. Le ou les administrateurs du groupement, et le représentant permanent de la personne morale nommée administrateur sont responsables, individuellement ou solidairement selon le cas, envers le groupement ou envers les tiers, des infractions aux dispositions législatives et réglementaires applicables aux groupements, de la violation des statuts du groupement, ainsi que de leurs fautes de gestion. Si plusieurs administrateurs ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage.»

Art. 22. - Dans le premier alinéa de l'article 11 de l'ordonnance n° 821 du 23 septembre 1967 précitée, les mots : «suivie des mots : "groupement d'intérêt économique régi par l'ordonnance du 23 septembre 1967"», sont remplacés par les mots : «suivie des mots : "groupement d'intérêt économique" ou du sigle : "G.I.E."».

Art. 23. - L'article 12 de l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 précitée est complété par un alinéa ainsi rédigé :

«Un groupement d'intérêt économique peut être transformé en société en nom collectif sans donner lieu à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle.»

Art. 24. - Le premier alinéa de l'article 17 de l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 précitée est ainsi rédigé :

«L'appellation "groupement d'intérêt économique" et le sigle "G.I.E." ne peuvent être utilisés que par les groupements soumis aux dispositions de la présente ordonnance. L'emploi illicite de cette appellation, de ce sigle ou de toute expression de nature à prêter à confusion avec ceux-ci est puni d'un emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de 1 500 F à 40 000 F, ou de l'une de ces deux peines seulement.»

Art. 25. - Les dispositions du chapitre II de la présente loi sont applicables aux territoires d'outre-mer et à la collectivité territoriale de Mayotte. La présente loi sera exécutée comme loi de l'État.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES RÉCENTS INTÉRESSANT PARTICULIÈREMENT LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

I - INTRODUCTION AU DROIT

- CORNU (G.) "Droit civil", "Introduction, les personnes, les biens", 4° Éd., Montchrestien, Coll. Domat - Droit privé, Paris, 1990.
- GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.), "Traité de droit civil" (sous la direction de J. Ghestin), "Introduction générale", 3° Éd., L.G.D.J. - E.J.A., Paris, 1990.
- MALAURIE (Ph.) et AYNÈS (L.), "Droit civil", "Introduction générale", par Ph. MALAURIE, Éd. Cujas, Paris, 1991.
- SOURIOUX (J.-L.), "Introduction au droit", 2° Éd., P.U.F., Coll. "Droit fondamental", Paris, 1990.
- STARCK (B.), "Introduction au droit", par ROLAND (H.) et BOYER (L.), 3° Éd., Litec, Paris, 1991.
- TERRÉ (F.), "Introduction générale au droit", Précis Dalloz, Paris, 1991.

II - OUVRAGES DIVERS

- Archives de philosophie du droit (T. 35), "Vocabulaire fondamental du droit", Éd. Sirey, Paris, 1990.
- ATIAS (Ch.), "Science des légistes - Savoir des juristes", Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1991.
- BONNEAU (T.), "La Cour de cassation et l'application de la loi dans le temps", Préface M. Gobert, Éd. P.U.F., Coll. "Les grandes thèses du droit français", Paris, 1990.
- CÔTÉ, "Interprétation des lois", 2° Éd. Yvon Blais inc., Montréal, 1990.

- JESTAZ (Ph.), "Le droit", Éd. Dalloz, Coll. "Connaissance du droit", Paris, 1991.
- LENOBLE (J.) et BERTEN (A.), "Dire la norme", "Droit, politique et énonciation", Éd. Story-Scientia et L.G.D.J., Bruxelles - Paris, 1990.
- MORAND (Ch. A.) (sous la direction de), "L'État propulsif", "Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État", Éd. Publisud, Coll. "Droit public et institutions politiques", Paris, 1991.
- MAC CORMICK (N.) et SUMMERS (R.S.), "Interprating statutes", Éd. Dartmouth Publishing Co Ltd., Aldershot (U.K.), 1991.
- MOTULSKY (H), "Principes d'une réalisation méthodique du droit privé", "La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs", Préface P. ROUBIER, réédition Dalloz, Coll. Philosophie et théorie générale du droit, Paris, 1991.
- TANGUY (Y.), "La recherche documentaire en droit", Éd. P.U.F., Coll. "Droit fondamental", 1991.
- VILLA (V.), "La science du droit", Trad. O. et P. NERHOT, Éd. L.G.D.J. et Story Scientia, Paris - Bruxelles, 1990.
- ZÉNATI (F.), "La jurisprudence", Éd. Dalloz, Coll. "Méthodes du droit", Paris, 1991.

TABLES GÉNÉRALES
DE L'ANNÉE 1991

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

- Maurice ROY, La réforme des délégations parlementaires pour les communautés européennes : La loi du 10 mai 1990	13
- Yuko MOTOKI, Les problèmes constitutionnels de la succession du statut impérial au Japon.....	45
- Jean-Yves CHEROT, Les évolutions du droit public économique .	55
- Christiane PEYRON-BONJAN, Jean-Jacques Rousseau et les contradictions du modèle théorique du contrat social	69
- Ali NEFZAOUI, Le Liban ou la faillite de la diplomatie occidentale en Méditerranée orientale.....	79
- Anthony MADELLA, Le régime juridique de la radio-télévision à Chypre	123
- Guillaume CHAMPY, De la fraude monétaire à la fraude informatique	147
- Jean-Louis HAROUËL, Jugement de valeur explicite ou jugement de valeur camouflé ?.....	171
- L'anthropologie juridique face au jugement de valeur - Dialogue entre N. ROULAND et J.-L. HAROUËL.....	177
- Marc BRUSCHI, Droit et sciences occultes (1ère Partie).....	185
- Hommage à René DAVID - Roland DEBBASCH, Un incomparable comparatiste Discours prononcé le 23 janvier 1991, lors de la cérémonie de distribution des prix et de baptême de l'Amphithéâtre René DAVID	303
- Lakhdar BOUMAZA, La rétroactivité "in mitius" : L'application d'un principe à valeur constitutionnelle dans la jurisprudence criminelle en matière économique.....	313
- Noël-Jean MAZEN, Problèmes juridiques liés aux applications médico-industrielles de la carte génétique humaine	365
- Jean-Christophe GALLOUX, Du droit de l'inventeur sur ses découvertes : à la recherche d'un droit fabuleux	387
- Edouard RICHARD, Renan et l'idée républicaine	423
- Le Conseil d'Etat et l'interprétation des traités internationaux. Une nouvelle ouverture sur le droit international - Note Richard GHEVONTIAN, sous Conseil d'État Ass. 29 juin 1990.....	441
- Audiovisuel : un exemple de contrôle d'autorisation délivrée par l'organe de régulation à une chaîne privée Note Alain BOYER, sous Conseil d'État, 9 mai 1990	453
- Les comptes d'une association gérant un service public communal, sans prérogatives de puissance publique, sont des documents administratifs communicables Note Stéphane CAPORAL, sous Conseil d'État, 20 juillet 1990	469
- Une difficile mise en œuvre de la théorie des sujétions imprévues Note Catherine MÉRENTIER, sous Conseil d'État, 5 décembre 1990.....	477
- Marc BRUSCHI, Droit et sciences occultes (2ème Partie).....	491
- Anne ENSMINGER, Hugo suicidographe : Les Misérables, ou la désintégration par la loi.....	531

- Conférence de M. Pierre DRAI, à l'Institut Portalis, Le rôle et la place du juge en France, aujourd'hui	595
- Guillaume BACOT, Les fondements juridiques des constructions politiques des monarchiens	607
- Michel LASCOMBE, Réviser la Constitution	653
- Christiane PEYRON-BONJAN, De la dialectique de la responsabilité à la dialectique de la morale	675
- Frédéric VEAU et Isabelle BADORC, La délimitation des circon- scriptions pour les élections législatives et cantonales sous la Vème République	685
- Paul DUBOUCHET, La théorie pure du droit de Kelsen et la logique	725
- Vincente FORTIER, La fonction normative des notions floues ...	755
- Christiane PEYRON-BONJAN, Force et logique du discours. Pour un essai méthodologique de lecture critique.....	769
- Lakhdar BOUMAZA, La rétroactivité "in mitius" : l'application d'un principe à valeur constitutionnelle dans la jurisprudence criminelle en matière économique (suite et fin).....	779
- La filiation contractuelle : épilogue ou moratoire ? Note Tanguy BARTHOUIL, sous l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation du 31 mai 1991.....	843
- À propos de la perte de confiance... Note Claude SAINT-DIDIER, sous l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de Cassation du 29 novembre 1990.....	867
- À propos de l'obligation d'expression directe sur les chaînes publiques Note Alain BOYER, sous Conseil d'État, 19 janvier 1990.....	881
- La nomination des présidents des sociétés nationales de programme et le juge administratif Note Alain BOYER, sous Conseil d'État, 19 janvier 1990.....	889
- Robert GARRON, L'influence des institutions et des normes com- munautaires sur les ordres juridiques internes dans le domaine de la libre circulation des produits.....	925
- Emmanuel PUTMAN, Suggestions pour une approche des méthodes d'intégration du droit communautaire au droit français (Droit des Affaires, Droit International Privé).....	937
- Michel LAFLANDRE, Transposition en droit interne français des normes communautaires (règlement communautaire relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique).....	949
- Jean-Jacques ALEXANDRE, Aspects méthodologiques de la transposition en droit français de la directive du Conseil du 22 juin 1987 concernant l'assurance protection juridique.....	969
- Jean-Yves CHEROT, La transposition de la directive 89/440 CEE du 18 juillet 1989 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux	981
- Serge FARNOCCHIA, Analyse des méthodes d'intégration à travers l'étude des textes européens relatifs à la S.A.R.L. à un seul associé et à la société anonyme européenne.....	993
- Jean-Louis BERGEL, À la recherche de méthodes d'intégration du droit communautaire (En guise de synthèse !)	999

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

(LES CHIFFRES RENVOIENT AUX PAGES)

- Anthropologie, 171, 177
Association, 469
Assurance protection juridique, 969
Cartes de paiement, 147
CHYPRE, 123
Circonscriptions électorales, 685
Communauté économique européenne, 13
Concurrence, 55
Contrat de travail, 867
Contrat social, 69
DAVID René, 303
Découvertes, 388
Délégations parlementaires, 13
Droit administratif, 122
Droit communautaire, 925, 949, 993
889
Droit constitutionnel, 13, 45, 313,
653-685
Droit international privé, 937
Droit pénal, 145, 313
Droit public économique, 55
Élections, 685
Faux en écriture, 145
Filiation adoptive, 843
Fraude, 145
HUGO Victor, 53
Génétique, 365
Groupement européen d'intérêt
économique, 949
Idées politiques, 69, 607
Informatique, 147
JAPON, 45
Justice, 595
KELSEN H., 725
LIBAN, 79
Libre circulation des produits, 925
Licenciement, 867
Marchés publics, 981
Mère porteuse, 843
Méthodologie juridique, 755
Monarchiens, 607
Morale, 675
Philosophie 675, 769
Procréation assistée, 843
Radio-Télévision, 123, 453, 881,
Règle de droit, 755
RENAN E., 423
Rétroactivité, 313
S.A.R.L., 993
Sciences occultes, 185
Service public, 469
Société anonyme, 993
Suicide, 532
Sujétions imposées, 478
Théorie générale du droit, 725
Traités internationaux, 44
Travaux publics, 478

TABLE ANALYTIQUE DES AUTEURS

ALEXANDRE Jean-Jacques, 969
BACOT Guillaume, 607
BARTHOUIL Tanguy, 843
BERGEL Jean-Louis, 999
BOUMAZA Lakhdar, 313 ; 779
BOYER Alain, 453 ; 881 ; 889
BRUSCHI Marc, 185 ; 491
CAPORAL Stéphane, 469
CHAMPY Guillaume, 147
CHEROT Jean-Yves, 55 ; 981
DEBBASCH Roland, 303
DRAI Pierre, 595
DUBOUCHET Paul, 725
ENSMINGER Anne, 531
FARNOCCHIA Serge, 993
FORTIER Vincente, 755
GALLOUX Jean-Christophe, 387
GARRON Robert, 925
GHEVONTIAN Richard, 441
HAROUEL Jean-Louis, 171 ; 177
LAFLANDRE Michel, 949
LASCOMBE Michel, 653
MADELLA Anthony, 123
MAZEN Noël-Jean, 365
MOTEKI Yuko, 45
NEFZAOUI Ali, 79
PEYRON-BONJAN Christiane, 69 ; 769
PUTMAN Emmanuel, 937
RICCI Jean-Claude, 9 ; 229 ; 593
RICHARD Édouard, 423
ROULAND Norbert, 177
ROY Maurice, 13
SAINT-DIDIER Claude, 867

DÉPÔT LÉGAL 4ème Trimestre 1991

- Avant-propos par Jean-Louis BERGEL
- Robert GARRON, L'influence des institutions et des normes communautaires sur les ordres juridiques internes dans le domaine de la libre-circulation des produits.
- Emmanuel PUTMAN, Suggestions pour une approche des méthodes d'intégration du droit communautaire au droit français (Droit des affaires, Droit international privé).
- Michel LAFLANDRE, Transposition en droit interne français des normes communautaires (règlement communautaire relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique).
- Jean-Jacques ALEXANDRE, Aspects méthodologiques de la transposition en droit français de la directive du Conseil du 22 juin 1987 concernant l'assurance protection juridique.
- Jean-Yves CHÉROT, La transposition de la directive 89/440 CEE du 18 juillet 1989 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.
- Serge FARNOCCHIA, Analyse des méthodes d'intégration à travers l'étude des textes européens relatifs à la S.A.R.L. à un seul associé et à la société anonyme européenne.
- Jean-Louis BERGEL. A la recherche de méthodes d'intégration du droit communautaire (En guise de synthèse !).
- Annexes.
- Bibliographie.
- Tables de l'année 1991.